Droit des Associations

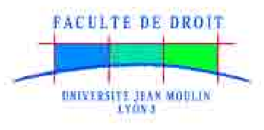
L'ASSOCIATION

Est-elle une ENTREPRISE comme une AUTRE ?









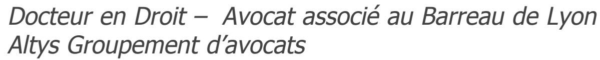


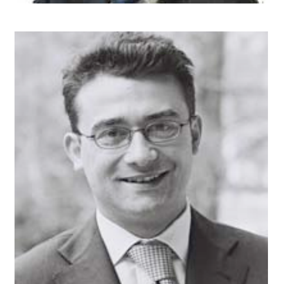




PRESENTATION DES INTERVENANTS







COLAS AMBLARD
Docteur en Droit – Avocat associé au Barreau de Lyon
Altys Groupement d'avocats
Président de la Commission Droit des associations
Auteur de l'ouvrage « L'entreprise associative : guide juridique des activités économiques et commerciales des associations » (Editions AME), co-rédacteur aux Editions Lamy Associations (Activités économiques et commerciales des associations) et de l'ouvrage « Les aspects juridiques liés à l'organisation d'un évènement sportif » (Editions PUS).



LAURENT BUTSTRAEN
Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Delsol & Associés
Membre de la Commission Droit des associations
Co-rédacteur du Guide juridique et fiscal « Associations et syndicat professionnels » (juris-associations) et du « Guide sur la responsabilité des organisateurs sportifs » (éditions Weka).



PHILIPPE RICHARD
Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Capstan
Membre de la Commission Droit des associations



Benoît DUMOLLARD
Docteur en droit – Avocat au Barreau de Lyon
Cabinet A. Derue – J. Barthélémy & associés
Membre de la Commission Droit des associations
Co-rédacteur de l'ouvrage « *Les aspects juridiques liés à l'organisation d'un évènement sportif* » (Editions PUS).



Anne-Cécile VIVIEN
Docteur en droit – Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Droit Public Consultants
Membre de la Commission Droit des associations



Philippe PLANES
Avocat associé au Barreau de Lyon
Altys Groupement d'avocats
Membre de la Commission Droit des associations

Sylvain MAZEAU
Avocat associé au Barreau de Lyon
Altys Groupement d'avocats
Membre de la Commission Droit des associations



Xavier DELSOL
Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Delsol et Associés
Membre de la Commission Droit des associations
Fondateur de la revue Juris-associations
Co-rédacteur notamment du DALLOZ Associations et du Mémento Associations F. LEFEBVRE

ASSOCIATIONS - ENTREPRISES : LE RAPPROCHEMENT EN QUESTION

DONNÉES DE CADRAGE - PROBLÉMATIQUES JURIDIQUES CLÉS - PERSPECTIVES

La loi du 1er juillet 1901 a longtemps été considérée comme « un instrument juridique rudimentaire »[1]. Ainsi, on observe une tendance générale visant à accroître le renforcement de ce dispositif législatif applicable aux associations. Les associations à «caractère économique» sont de plus en plus régulièrement considérées comme de véritables « entreprises ». Une prise en compte par le législateur de cette nouvelle forme entrepreunariale constitue assurément une forme de reconnaissance pour ce mode d'intervention économique. Fortes de cette légitimité nouvellement acquise, les associations apparaissent ainsi mieux armées pour agir en « milieux d'affaires ».

1 - POIDS ECONOMIQUE DES ASSOCIATIONS ?

Rappelons d'entrée de jeu une vérité encore trop ignorée dans le milieu associatif et celui des entreprises traditionnelles : en France plus de 20% des 27.000 entreprises de 50 salariés et plus sont en fait des associations[2] ! Avec leur un million et demi d'emplois en 2002 (dont 900.000 ETP) elles représentent cinq fois plus que le secteur de l'automobile. Il faut ajouter le total du chiffre d'affaires des hôtels, auberges, campings, restaurants (y compris la restauration collective), cafés, cantines et traiteurs pour égaler la production des associations, soit soixante milliards d'euros[3] ! Ou encore leur valeur ajoutée qui représente environ 3% du PIB[4], soit quarante cinq milliards d'euros est supérieure de plus de 30% à celle du secteur de l'agriculture. Il faut ajouter, pour faire bonne mesure, le travail des dix millions de bénévoles associatifs qui représentent environ 720.000 équivalents temps plein[5] et dont la valeur imputée est de plus de quatorze milliards d'euros[6]

2 - CAPACITE DES ASSOCIATIONS SUR LE PLAN ECONOMIQUE[7]

Aujourd'hui encore, il est traditionnellement admis que « Les associations ne sont pas faites pour le commerce [...] »[8]. Or, paradoxalement, sous les effets conjugués de la conjoncture économique et du désengagement de l'État, l'on constate que cette « croyance collective » n'a pas empêché les associations d'entrer massivement dans la sphère marchande ; en effet, dès le début des années 80, bon nombre de ces groupements ont décidé de procéder par eux-mêmes à une recherche de fonds propres dans le but d'assurer leur pérennité financière.

Aussi, il convient de s'interroger.

Comment une pratique associative aussi développée de nos jours peut-elle être paradoxalement aussi peu en phase avec une telle idée dominante ? Et que doit-on penser de cette pratique ? Est-elle licite ? Quelles sont les conséquences induites ?

Face aux profonds bouleversements qu'a récemment connus le secteur associatif, les pouvoirs publics se sont bien évidemment penchés sur ces questions. Et leurs réponses ne manquent pas de surprendre. En effet, les tribunaux[9] et le législateur[10] ont unanimement reconnu le droit pour les associations d'exercer des activités économiques voire même commerciales, y compris à titre habituel. Depuis lors, cette reconnaissance expresse n'a fait l'objet d'aucune remise en question et l'on constate même que l'« interventionnisme » économique des associations est régulièrement encouragé par les gouvernements successifs [11].

Curieusement, une telle reconnaissance n'a pas eu pour effet d'annihiler toute idée d'une incompatibilité de principe entre association et activité économique, laquelle demeure aujourd'hui encore solidement ancrée dans les esprits. Bien plus, l'intrusion des associations dans la sphère économique est encore presque toujours systématiquement perçue comme une « dérive »12.

Alors à quoi doit-on la persistance d'une telle idée reçue ? La loi du 1er juillet 1901 n'a jamais interdit aux associations d'exercer des activités économiques voire même commerciales. Au contraire. En imposant aux associations « un but autre que le partage des bénéfices » (art. 1), et dans la mesure où cette interdiction ne concerne que les membres du groupement associatif, elle légitime le droit pour toutes associations de réaliser au préalable ces mêmes bénéfices. Ainsi on le voit, l'interprétation improprement donnée par la doctrine de cette interdiction de partage des bénéfices a longtemps contribué à maintenir une vision idéaliste - certains parlent de vision « misérabiliste »[13] - de l'association. De la même façon, en retenant l'expression d' « associations à but non lucratif », il ressort que « les juristes ont longtemps été partisans ou prisonniers d'une conception strictement philanthropique de l'association excluant tout rapport d'affaires »[14].

Or, aujourd'hui, cette vision ne correspond plus aux réalités actuelles. En effet, dans nos sociétés contemporaines, la logique marchande ne peut plus être opposée de façon manichéenne à une logique idéaliste. Un tel constat se vérifie particulièrement au sein des associations dans lesquelles il apparaît utopique de distinguer les activités exclusivement idéales de celles totalement intéressées. La principale raison réside essentiellement dans le fait que, de nos jours, « l'activité économique fait partie de la vie de toutes les personnes, individus ou groupements. Elle rencontre l'association comme tout autre entité juridique. Son exercice ne saurait en être prohibé [...] »[15].

3 - ROLE DES ASSOCIATIONS SUR LE PLAN ECONOMIQUE

La problématique principale ne se situe plus au niveau de la reconnaissance du droit pour les associations d'exercer des activités lucratives mais porte désormais sur la cœxistence des différents acteurs de la vie économique (associations et sociétés commerciales, à titre principal) et sur la nécessité de réaliser les conditions propres à assurer une égalité de traitement juridique entre les différents modes d'intervention économique (secteur lucratif et non lucratif). Pour notre part, nous considérons que c'est une fois cette condition réalisée - condition de nature à créer les prémices d'un véritable pluralisme économique - qu'il conviendra d'appliquer un traitement fiscal différencié en prenant en considération l'utilité sociale de son auteur et/ou sa contribution à la réalisation d'activités d'intérêt général [16].

Fort heureusement, et sous l'influence du droit communautaire, on assiste actuellement à l'émergence d'un véritable « droit économique de l'entreprise » dont la tendance récente consiste à imposer une réglementation identique à l'ensemble des opérateurs de la vie économique. Ainsi, en utilisant désormais le vocable de « personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant des activités économiques », notre législation interne impose de plus en plus souvent des sujétions identiques à celles des sociétés commerciales, ce qui permet d'apporter une sécurité accrue aux tiers qui contractent avec les associations.

Cependant, force est de constater que cette égalité de traitement juridique s'avère extrêmement difficile à mettre en œuvre, en raison notamment de notre mode de classification actuelle des personnes morales (de droit commercial ou non) lequel repose toujours sur le clivage « suranné » existant entre « activité civile et activité commerciale ». Un tel clivage se fonde sur la notion de « lucre » - c'est-à-dire la recherche et le partage de bénéfices à titre principal – laquelle demeure aujourd'hui encore l'élément pivot de notre organisation juridique et économique. Cette notion érigée en modèle dominant, l'on comprend mieux pourquoi le secteur associatif, dont le particularisme économique se fonde sur le principe d'interdiction de partage des bénéfices et la primauté du projet statutaire, demeure toujours en marge de la vie des affaires.

4 - ASSOCIATION ET NOTION D'ENTREPRISE : DEUX NOTIONS ANTINOMIQUES ?

La notion d'entreprise ne fait l'objet d'aucune définition légale. Tout juste le Code de commerce vise-t-il, dans la liste des actes de commerce (C. com., art. L.110-1 et L.110-2), certaines « entreprises » dans le but de subordonner la commercialité de l'acte au caractère professionnel et organisé de l'activité. Aussi, la notion d'entreprise demeure avant tout un concept économique destiné à souligner son rôle dans la production et l'organisation des échanges[17]. Il convient par conséquent de se référer à la doctrine majoritaire, laquelle privilégie l'approche « institutionnelle ». Ainsi, il ressort que le concept d'entreprise est essentiellement

envisagé sous l'angle d'une « organisation économique et humaine »[18].

Cette approche est conforme à celle retenue par le droit communautaire de la concurrence. En effet, dans l'arrêt Mannesmann du 13 juillet 1962[19], la Cour de justice des communautés européennes a tenu à préciser que « l'entreprise [était] constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachés à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé ». Et en 1993, la CJCE[20] optait pour une définition de l'entreprise encore plus pragmatique : « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».

Par suite, la jurisprudence communautaire soulignait à plusieurs reprises l'importance du lien existant entre les notions d' « entreprise » et d' « activité économique » : l'activité d'entreprise ne peut se faire qu'à travers la réalisation d'une activité économique[21]; toute activité économique doit nécessairement être « effectuée dans le cadre d'un objectif d'entreprise »[22]. Ce lien existant entre les deux notions vient récemment d'être réaffirmé par la Cour de Justice Européenne dans un arrêt du 10 janvier 2006[23].

La jurisprudence interne, quant à elle, semble actuellement privilégier l'approche fonctionnelle de l'entreprise, prenant ainsi en considération « la réunion de moyens matériels et humains coordonnées et organisés en vue de la réalisation d'un objectif économique déterminé »[24]. Depuis 2002[25], en acceptant qu'une association puisse être assimilée à une véritable entreprise, dès lors qu'elle employait 37 salariés et qu'elle exerçait une activité économique, même s'il s'agissait d'une activité commerciale, on observe que la Cour de cassation se conforme à la position de la jurisprudence communautaire[26]. Par ailleurs, le Conseil Constitutionnel a lui-même admis qu'une association, prestataire de services à titre principal, intervenant dans un cadre concurrentiel et assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et à l'impôt sur les sociétés, doit désormais être regardée comme une entreprise[27].

Dès lors, plus rien ne s'oppose à ce que l'association à «caractère économique » puisse être définitivement assimilée à une véritable entreprise. Cette position semble définitivement entérinée par le législateur, dans la mesure où la promulgation de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises est applicable aux « personnes morales de droit privé non commerçantes exerçant une activité économique »[28].

5 - L'ENTREPRISE ASSOCIATIVE : QUELLES CONTRAINTES JURIDIQUES ?

La Commission européenne a émis le souhait d'établir une égalité de chances entre entreprises, en éliminant toute forme de discrimination susceptible d'affecter le marché intérieur. Sur le fondement du « principe de neutralité » énoncé par l'article 222 du Traité de Rome de 1957, cette dernière a ainsi affirmé qu'il lui appartenait « de s'assurer de la levée des obstacles identifiés »[29] dans les législations des Etat-membres susceptibles d'empêcher les entreprises d' « Economie sociale » de participer au marché intérieur européen. De son côté, la Cour de justice des communautés européennes a confirmé que ce principe de « neutralité » s'étendait au statut juridique et au mode de financement des entreprises[30]. Il en résulte dans notre droit interne une tendance récente à imposer des contraintes juridiques identiques (cf. doc. POWER POINT) à toutes les entreprises économiques, c'est-à-dire aux entreprises associatives comme aux sociétés commerciales.

6 - L'ENTREPRISE SOCIALE : VERS UN NOUVEAU MODE ENTREPREUNARIAL ?[31]

« Cette juxtaposition des deux termes de l'entreprise et du social dans une définition d'une autre façon d'entreprendre facilite le développement d'une autre idée en matière de gestion des organisations : celle qui consiste à vouloir combiner la performance sociale et la performance économique des entreprises, en faisant apparaître au cœur du système que propose l'entreprise sa dimension productive de biens et de services et sa nécessaire production de sens. Et cette idée est nouvelle parce que, au sens commun, ces deux orientations sont présentées au sein des organisations comme étant le fruit d'une opposition irréductible. Dès lors en concevant la performance sociale et la performance économique comme une tension certes, mais pas comme une opposition, la terminologie retenue d'entrepreneuriat social suggère une réalité incontournable vis à vis de laquelle tous les entrepreneurs et toutes les entreprises peuvent se positionner. Cette observation est une

chance pour repenser autrement l'entreprise et la manière d'entreprendre.

Enfin, le qualificatif de social associé au mot entreprise vient compléter la collection d'un vocabulaire commun dans la bibliothèque des mots de « l'entreprendre autrement » : économie sociale, plus-value sociale, capital social, utilité sociale et entreprise sociale. Certes il s'agit d'autant de notions dont le flou conceptuel est souligné par de nombreux chercheurs ; mais l'expansion de ce vocabulaire ne s'oppose pas (je pense même le contraire) à l'émergence d'une culture renouvelée portée par de très nombreux militants engagés dans l'amélioration concrète de notre société et qui espèrent contribuer, plus loin, à la construction d'un autre monde possible : les entrepreneurs sociaux savent marier pragmatisme et idéalisme.

Faut-il donc trancher tout de suite, à la façon française qui étonne si souvent nos voisins, la question de savoir si l'entrepreneuriat social est une alternative aux dérives du capitalisme financier ? N'est-il pas davantage éclairant d'analyser comment les pratiques mises en oeuvre au sein des organisations qui se retrouvent largement dans la définition commune de l'entreprise sociale questionnent à la fois : le système de décision de l'entreprise et celui de la distribution des richesses produites ? Cette approche permet d'identifier la valeur assignée à la place de l'homme dans l'économie et approfondit la définition d'une façon d'entreprendre distincte et qui pourrait bien être exemplaire. A condition, tout de même, et ce n'est pas le plus facile, de vérifier cette exemplarité ! »

Nul doute que la fiscalité aura un rôle important à jouer dans la reconnaissance et la valorisation des « spécificités méritoires » résultant de ce nouveau mode entrepreneurial, ce que l'instruction fiscale BOI 4 H-5-06 du 18 décembre 2006 cherche d'ores et déjà à appréhender à travers la notion d'«utilité sociale »[32].

COLAS AMBLARD

Docteur en Droit – Avocat associé au Barreau de Lyon
Altys Groupement d'avocats
Président de la Commission Droit des associations
Auteur de l'ouvrage « L'entreprise associative : guide juridique des activités économiques et commerciales des associations » (Editions AME), co-rédacteur aux Editions Lamy Associations (Activités économiques et commerciales des associations) et de l'ouvrage « Les aspects juridiques liés à l'organisation d'un évènement sportif » (Editions PUS).

---

1 Vidal, « Le droit des affaires des associations : un statut en voie de formation », Les Petites Affiches, 10 février 1993, p.7
2 Selon les Tableaux de l'Économie Française de l'INSEE il existe en 2001 27330 entreprises de plus de 50 salariés en 2001, et en 1999 Viviane Tchernonog (MATISSE CNRS) dénombre 6090 associations de plus de 50 salariés à partir du fichier Sirène
3 Source INSEE - Enquête annuelle des entreprises de services, 2004
4 P. Kaminski Philippe, Les associations en France et leur contribution au PIB, 20ème colloque de l'ADDES, 7 mars 2006, Paris, communication, 15 pages

5 M. Febvre, L. Muller, INSEE Première, La vie associative en 2002, n° 946, février 2004 : selon cette étude il y aurait douze millions de bénévoles en France dont 17% agissant hors des associations
6 L. Prouteau, F.C. Wolff, « Le travail bénévole : un essai de quantification et de valorisation », Économie et Statistique, n° 373, p.33-56
7 Extraits tirés de C. Amblard, « L'entreprise associative : guide juridique des activités économiques et commerciales des associations », Editions AME, nov. 2006
8 E. Alphandari et P. Jeantin, note sous Cass. com. 17 mars 1981, Institut Musulman de la Mosquée de Paris, RTD com. 1981, n°8, p.558
9 Cass. com., 13 mai 1970, n°69-11.268, D. 1970, p.644
10 C. com. art. L 442-7, codif. ord. n°86-1243 du 1er déc. 1986, art.37, al.2
11 Voir notamm. Instr. fisc. 4 H-5-98 du 15 sept. 1998
12 E. Alphandari, Les associations : la dérive d'une liberté, JCP, éd. E., 1985, suppl. n°5
13 J.L. Laville, Association Mode d'Emploi, oct. 2005, n°72, p.8
14 J. Delga, De la reconnaissance du caractère lucrative ou commerciale des activités exercées par les associations à la reconnaissance de leur qualité de commerçant ou de leur finalité intéressée, Quot. Jur., 27 juin 1989, n°72, p.3
15 Chéroutre, Exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi du 1er juillet 1901, rapport Conseil Economique et Social, 1993, JO n°4, 1 avr. 1993
16 CGI, art. 200 et 238 bis
17 A. Jauffret, Droit commercial, LGDJ, 19e éd., Paris 1989, n°112, p.85
18 Paillusseau, Les fondements du droit moderne de l'entreprise, JCP 1984, I, p.3148
19 CJCE 13 juil. 1962, Mannesman AG c/ Haute autorité, 19/61, Rec. CJCE p.167
20 CJCE 23 avr. 1993, aff., C-41/90, Höfner et Helser, Rec. CJCE, p.1979
21 TPICE 4 mars 2003, aff. T-319/99, Federacion National de Empreses de Instrumentacion Cientifica, Médical y Dental c/ Commission des communautés européennes
22 CJCE 14 nov. 2000, aff.C-142/99, Floridienne SA et Berginuest SA, préc.
23 CJCE 10 janv. 2006, aff. C-222/04, Rec. Dalloz, 2006, n°13
24 CA Montpellier 7 mai 1987, Gaz. Pal. 1988, p.39
25 Cass. 1re civ. 12 mars 2002, n°99-17.209, réf. Nantes
26 CJCE 23 avr. 1993, aff., C-41/90, Höfner et Helser, préc.
27 C. const. 20 juil. 2006 et 26 oct. 2006, association Service Public 2000, JO 25 juill. n°170, p. 11110.
28 C. com., art. L 612-1 et s. mod. Loi n°2005-645 du 26 juillet 2005, JO 27 juill.
29 CE, Rapp. publ. 1996, Sur le principe d'égalité, Etudes et documents, n°48, doc. Fr. p. 87
30 CE, Communication sur les entreprises de l'économie sociale, 1989, sec. 89, p.2187, p. 11
31 F. Rousseau, L'évaluation de l'utilité sociale des associations : Une injonction de la puissance publique ? 3 mai 2007 Source : http://www.isbl-consultants.fr/article798.html
32 Sur la notion d'utilité sociale cf intervention Colas AMBLARD, Colloque ADDES du 26 nov. 2007, « / Draft 15.05.2007

ROLE DE LA FISCALITE DANS LA DISTRIBUTION ASSOCIATIONS - ENTREPRISES COMMERCIALES

L'association est un outil juridique au service d'un projet. La grande liberté contractuelle laissée à l'association pour s'organiser et développer une ou plusieurs activités permet à celle-ci d'exercer indifféremment des activités civiles et/ou commerciales.

Dès lors, une association peut agir comme n'importe quel intervenant économique et assurer à ce titre la mise en œuvre d'une activité similaire à celle d'une entreprise commerciale (l'inverse étant également vrai).

Dans ce contexte, la fiscalité joue alors un rôle essentiel en qualité de régulateur économique. L'Administration fiscale se doit alors d'assujettir aux mêmes charges fiscales une association et une entreprise qui exercent la même activité afin de rétablir entre elles le jeu normal de la concurrence.

Il peut ainsi être considéré qu'il n'existe pas de distinction sur le plan fiscal entre une association et une entreprise commerciale dès lors qu'elles exercent une activité similaire.

a contrario, la fiscalité jouera un rôle important lorsque l'association exercera une activité non concurrentielle ou dont l'utilité sociale justifiera son exonération au titre des différents impôts commerciaux (impôt sur les sociétés, taxe professionnelle et TVA).

1 – L'ASSOCIATION UN CONTRIBUABLE COMME UN AUTRE ?

Une bonne compréhension du régime fiscal des associations suppose, au préalable, de replacer l'association dans son contexte historique, social et économique.

En 1901, lorsque Waldeck-Rousseau présente pour la 3° fois son projet de loi au parlement, l'enjeu du vote de la loi est double.

Il vise d'une part, l'abrogation des articles 291 et suivants du code pénal qui limitent la liberté d'association, en soumettant la constitution d'association de plus de vingt personnes à l'autorisation discrétionnaire des pouvoirs publics. Et d'autre part, à empêcher la constitution de biens de mainmorte captés par des structures juridiques à la durée de vie illimitée, lesquelles peuvent ainsi accumuler un patrimoine considérable sans jamais avoir besoin de l'aliéner.

Dès les années 1930, les associations ont pris leur essor en cherchant à combler les carences de l'initiative privée, et en intervenant notamment dans le domaine social, éducatif et culturel. Et en contribuant ainsi à créer l'image du secteur associatif non lucratif, tel qu'on le perçoit encore actuellement.

Aujourd'hui, le secteur associatif connaît une double évolution.

Elle se manifeste par une évolution du secteur associatif vers le fonctionnement d'entreprises :

- en matière d'organisation, de fonctionnement,

- d’obligations comptables et de contrôle des comptes,
- et plus généralement en ce qui concerne les problèmes de contrôle de gestion.

Ainsi, certaines associations ne revendiquent-elles pas, elles-mêmes, le label “d’entreprise”, manifestant ainsi un changement de mentalité.
Une seconde évolution résulte de l’environnement socio économique :

Le niveau de vie de la population a considérablement augmenté. L’action associative dans ses domaines d’intervention traditionnels ne se justifie plus comme dans le passé, et les besoins eux-mêmes ont changé.

Tant est si bien que la délimitation des secteurs d’intervention entre associations et entreprises commerciales n’est plus aussi tranchée. Aujourd’hui, il existe de nombreuses associations qui exercent une activité lucrative par opportunité ou simplement pour financer leur action non lucrative.

Inversement, les entreprises interviennent de plus en plus fréquemment dans les secteurs traditionnellement réservés aux associations, qu’il s’agisse du sport, de la culture, de l’environnement ou de la réinsertion.

Il résulte de ce constat que la réalité économique du secteur associatif est bien loin du contexte qui a motivé son adoption.

Aujourd’hui en France, le secteur associatif représente environ 1 100 000 associations, dont 2 000 associations reconnues d’utilité publique, avec un rythme de création d’environ 36 000 à 37 000 associations par an.
Les associations représentent environ 1,8 million de salariés, soit 8% de l’emploi total, pour 59 milliards de dépenses soit 3,4% du PIB.

Certains économistes voient dans ce phénomène l’émergence d’un nouveau secteur économique, désigné par l’appellation de tiers secteur, ou de secteur de l’économie sociale.
Il en résulte un déplacement de richesses considérable du secteur traditionnel des entreprises, vers celui de l’économie sociale.

Face à ce constat, l’administration fiscale est concernée au premier chef, pour deux raisons.

En premier lieu, elle se doit en application du principe d’égalité des contribuables devant l’impôt de veiller à ce que deux personnes qui exercent la même activité soient placées dans la même situation et supportent les mêmes charges fiscales. En effet, une association qui exercerait la même activité qu’une entreprise commerciale sans assumer la même charge d’impôts se placerait dans une situation de concurrence déloyale.

En second lieu, si ces mêmes associations qui exercent une activité concurrentielle ne sont pas fiscalisées, il en résulte un manque à gagner important pour le budget de l’état.

C’est dans ce contexte qu’il convient d’appréhender la fiscalité des associations, et de rechercher la volonté de l’administration fiscale de bien distinguer l’activité d’une association non concurrentielle dont l’utilité sociale justifie un régime fiscal de faveur, de l’activité d’une association lucrative, concurrente d’une entreprise commerciale et qui doit être soumise au même régime fiscal au regard de la TVA, de l’impôt sur les sociétés et de la taxe professionnelle.

Dans ce contexte, il convient en outre d’être particulièrement vigilent sur l’analyse fiscale qui peut être faite de l’activité d’une association puisque, en effet, ce n’est pas l’association, en tant que telle, qui doit être considérée comme lucrative, et donc comme assujettie aux impôts commerciaux (impôt sur les sociétés, TVA et taxe professionnelle), mais la où les activités développées par l’association. C’est ainsi que l’analyse du régime fiscal d’une association ne doit pas être menée globalement, mais activité par activité. Ce qui justifie par ailleurs qu’au sein d’une même association, il puisse être envisagé d’avoir des activités soumises à des

régimes fiscaux distincts justifiant éventuellement une sectorisation. Ces principes ont été rappelés et synthétisés dans une instruction fiscale du 18 décembre 2006 (BOI, 4H-5-06 du 18 décembre 2006).

Concernant plus particulièrement les règles permettant de déterminer le régime fiscal des associations, il peut être rappelé les éléments d'appréciation suivant.

2 – RAPPEL DES CRITÈRES D'ASSUJETTISSEMENT D'UNE ASSOCIATION AUX DIFFÉRENTS IMPÔTS COMMERCIAUX

Depuis le 18 décembre 2006, une nouvelle instruction confirme la fiscalité applicable aux associations (instruction n°208 du 18 décembre 2006, BOI 4 H-5-06).

L'objectif de cette instruction est de présenter dans un document unique le régime fiscal d'ensemble des organismes sans but lucratif tel qu'il a été défini par les précédents textes fiscaux à savoir :

- l'instruction du 15 septembre 1998 (4H-5-98),
- l'instruction du 16 février 1999 (4 H-1-99),
- l'instruction du 30 octobre 2000 (4 H-3-00),
- la loi de finances pour 2002 et le décret du 20 janvier 2004 (codifiés sous l'article 261-7-1-b du Code général des impôts).

Pour déterminer le régime fiscal d'une association, l'administration suit un raisonnement en trois étapes.

RAPPELS

Pour qu'une association soit considérée comme non lucrative sur le plan fiscal et donc exonérée d'impôts commerciaux (impôts sur les sociétés, taxe professionnelle, TVA), elle doit remplir les trois conditions suivantes :

- sa gestion doit être désintéressée ;
- si sa gestion est désintéressée, son activité ne doit pas être concurrentielle ;
- si son activité est de nature concurrentielle, elle ne doit pas s'exercer dans des conditions similaires à celles des entreprises du secteur commercial.

La première condition relative à la gestion désintéressée de l'association s'apprécie à la lecture de l'article 261-7-1° du Code général des impôts qui dispose que :

« Le caractère désintéressé de la gestion résulte de la réunion des conditions ci-après :

l'organisme doit, en principe, être géré et administré à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation ;

l'organisme ne doit procéder à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfice, sous quelque forme que ce soit ;

les membres de l'organisme et leurs ayants droit ne doivent pas pouvoir être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, sous réserve du droit de reprise des apports. »

Dès lors que la gestion d'une association n'est pas désintéressée, l'association présente un caractère lucratif et est soumise aux impôts commerciaux.

Remarque : Il existe deux exceptions à l'interdiction de rémunérer des dirigeants de droit ou de fait d'une association, l'une résulte de l'instruction elle-même lorsque la rémunération versée est inférieure ou égale au 3/4 du SMIC brut annuel, l'autre résulte du dernier alinéa de l'article 261-7-1 d du code général des impôts lui-même, qui permet le versement d'une rémunération plus importante

sous certaines conditions.

En revanche, si la gestion de l'association présente un caractère désintéressé, il convient d'examiner sa situation au regard de la concurrence :

l'activité de l'association concurrence-t-elle celle d'une entreprise ?

si oui, l'association exerce-t-elle son activité selon des modalités comparables à celles des entreprises commerciales ?

Il sera alors notamment procédé à l'analyse de l'utilité sociale de l'activité développée par l'association au titre de son activité.

En cas de réponse positive à cette dernière question, l'association présente un caractère lucratif entraînant sa soumission aux impôts commerciaux.

Examen d'une situation de concurrence

Appréciation de la situation de concurrence

L'instruction fiscale du 18 décembre 2006 précise que la situation de l'organisme s'apprécie par rapport à des entreprises ou des organismes lucratifs (sociétés, associations, syndicats, etc.) exerçant la même activité dans le même secteur.

L'appréciation de la concurrence ne s'effectue donc pas en fonction des catégories générales d'activités (spectacles, tourisme, activités sportives, etc.) mais, de manière objective, à l'intérieur de ces catégories en répondant à la question de savoir si le public peut indifféremment s'adresser à une structure lucrative ou non lucrative.

Selon la jurisprudence, une association ne concurrence une entreprise que si les services qu'elle rend sont « offerts en concurrence dans la même zone géographique d'attraction que ceux proposés au même public par des entreprises commerciales exerçant une activité identique » (Conseil d'Etat, 1er octobre 1999, Jeune France, RJF 11/99, n° 1354).

Existence d'une situation de concurrence

Pour qu'il y ait concurrence, il faut que l'association exerce son activité dans la même zone géographique qu'une entreprise commerciale (région, département, commune voire quartier).

Il faut également que l'association s'adresse au même public que les entreprises commerciales et lui propose le même service.

En ce qui concerne la comparaison de l'activité de l'association avec celle d'un organisme lucratif, elle s'effectue de manière très précise.

Ainsi, pour être considérée comme concurrentielle, l'activité exercée par l'association doit être identique - et non seulement voisine - de celle exercée par un organisme lucratif.

Si tel est le cas, il conviendra alors d'examiner les modalités selon lesquelles l'association exerce son activité. En effet, le seul constat qu'une association concurrence le secteur commercial ne suffit pas à faire tomber l'association dans le secteur lucratif.

Exercice d’une activité concurrentielle

Définition de la règle des 4 P

Aux termes de son instruction du 18 décembre 2006, l’administration fiscale considère que :

« Le fait qu’un organisme à but non lucratif intervienne dans un domaine d’activité où il existe aussi des entreprises commerciales ne conduit pas ipso facto à le soumettre aux impôts commerciaux.

Il convient en effet de considérer l’utilité sociale de l’activité, l’affectation des excédents dégagés par l’exploitation, ainsi que les conditions dans lesquelles le service est accessible, enfin les méthodes auxquelles l’organisme a recours pour exercer son activité ».

C’est en fait sur ce critère de l’utilité sociale caractérisé par le produit et le public visé par l’activité de l’association, que peut se faire véritablement la distinction entre association et entreprise commerciale justifiant au profit de l’association un régime fiscal de faveur.

Mais in fine, c’est bien parce que l’activité exercée par l’association, en raison de son utilité sociale, est quoiqu’il en soit distincte de celle exercée par une entreprise commerciale que l’association bénéficiera d’un régime fiscal de faveur.

Afin d’apprécier si l’association exerce son activité selon des modalités de gestion similaires à celles des organismes lucratifs concurrents, les cinq éléments suivants doivent être examinés :

- le produit ;
- le public ;
- l’affectation des excédents ;
- le prix ;
- la publicité.

Il s’agit de la règle des 4 P auquel s’ajoute le critère relatif au sort des excédents.

Appréciation de la règle des 4 P

Reprenant les critères de l’instruction, la jurisprudence, constante en la matière, considère que :

« Une association exerce son activité dans des conditions différentes de celle des entreprises commerciales soit en répondant à certains besoins insuffisamment satisfaits par le marché, soit en s’adressant à un public qui ne peut normalement accéder aux services offerts par les entreprises commerciales, notamment en pratiquant des prix inférieurs à ceux du secteur concurrentiel et à tout le moins des tarifs modulés en fonction de la situation des bénéficiaires, sous réserve de ne pas recourir à des méthodes commerciales excédant les besoins de l’information du public sur les services qu’elle offre ».

(Conseil d’Etat, 1er octobre 1999, Jeune France ; RJF 11/99, n° 1354).

Le produit

L’administration fiscale retient comme étant d’utilité sociale l’activité qui tend à satisfaire un besoin qui n’est pas pris en compte par le marché ou qui l’est de façon peu satisfaisante.

Le public

L’administration fiscale considère, à ce propos, que :

« Sont susceptibles d’être d’utilité sociale les actes payants réalisés principalement au profit de personnes justifiant l’octroi d’avantages particuliers au vu de leur situation économique et sociale (chômeurs, personnes handicapées notamment). »

L’affectation des excédents

S’il est légitime qu’un organisme non lucratif dégage, dans le cadre de son activité, des excédents, reflet d’une gestion saine et prudente, l’administration fiscale rappelle que :

« L’organisme ne doit pas les accumuler dans le but de les placer. Les excédents réalisés, voire temporairement accumulés, doivent être destinés à faire face à des besoins ultérieurs ou à des projets entrant dans le champ de son objet non lucratif ».

Les prix

L’administration fiscale évalue les efforts faits par l’association pour faciliter l’accès au public des produits qu’elle propose et pour se distinguer sur le plan des entreprises commerciales, notamment par un prix nettement inférieur pour des services de nature similaire.

Cette condition peut être remplie lorsque l’association pratique des tarifs modulés en fonction de ses clients.

La publicité

L’administration fiscale retient qu’en principe, le recours à des pratiques commerciales est un indice de lucrativité.

Toutefois, une association peut procéder à des opérations de communication pour faire appel à la générosité publique sans que sa non lucrativité soit remise en cause.

Elle peut également réaliser une information sur ses prestations sans toutefois que celle-ci s’apparente à de la publicité commerciale destinée à capter un public analogue à celui des entreprises du secteur concurrentiel.

Remarque : Pour distinguer l’information de la publicité, il convient de regarder si le contenu des messages diffusés et le support utilisé ont été sélectionnés pour tenir compte du public particulier ou non.

Ce n’est que si l’administration considère, après appréciation de ces différents critères que l’association exerce son activité selon des méthodes similaires à celles des entreprises commerciales qu’elle sera considérée comme lucrative et, par conséquent, soumise aux impôts commerciaux de droit commun (sous réserve d’exonérations spécifiques éventuellement applicables).

Toutefois, pour soustraire ses activités non lucratives à la taxation aux impôts directs, l’association peut avoir recours à la procédure de sectorisation qui lui permet d’isoler les activités lucratives de ses autres activités soit dans un secteur d’activité, soit dans une filiale.

Enfin, pour être parfaitement exhaustif, l’organisme est en principe soumis à l’impôt sur les sociétés, à la taxe professionnelle et à la TVA s’il entretient des relations privilégiées avec des structures du secteur lucratif qui en retirent un avantage concurrentiel, étant précisé que tout organisme qui exerce des activités au profit d’entreprises, n’entretient pas pour autant systématiquement des relations privilégiées avec ces dernières.

(Instruction 4 H-5-06 n°86 et suivants).

Enfin, un certain nombre de dispositions légales permettent à des organismes réputés sans but lucratif, mais qui ne satisfont pas à certains des critères de non lucrativité exposés ci-avant, de bénéficier d'exonération de taxe sur la valeur ajoutée et d'impôt sur les sociétés. Il s'agit notamment des organismes qui rendent à leurs membres des services sportifs, éducatifs, culturels ou sociaux.

LAURENT BUTSTRAEN
Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Delsol & Associés
Membre de la Commission Droit des associations
Co-rédacteur du Guide juridique et fiscal « Associations et syndicat professionnels » (juris-associations) et du « Guide sur la responsabilité des organisateurs sportifs » (éditions Weka).

EXISTE-T-IL UN DROIT DU TRAVAIL PROPRE AU SECTEUR ASSOCIATIF ?

Au regard de la réglementation du travail, la réponse est de prime abord clairement OUI.

L'ensemble du Code du travail a vocation à s'appliquer aux associations employeurs.

Ce qui importe en droit du travail, c'est la notion d'employeur indépendamment du mode d'exercice de la structure.

Le droit du travail ayant vocation à régir les rapports tant individuels que collectifs entre des salariés et leurs employeurs, il importe peu aux yeux du législateur que ces rapports s'exercent dans tel ou tel type de structure juridique.

En définitive, ce n'est que lorsqu'une réglementation sera directement inspirée d'une vision capitalistique de l'entreprise qu'elle se trouvera inapplicable aux associations.

Il ne s'agit pas ici d'un choix délibéré du législateur mais d'une incompatibilité entre la réglementation fixée et le mode de fonctionnement de la structure juridique qu'est l'association.

L'exemple le plus immédiat a trait à la réglementation sur la participation et plus largement sur toutes les mesures liées à l'actionnariat des salariés (Il ne faut pourtant pas en déduire trop vite que les salariés des associations sont exclus de toutes les formes d'épargne salariale (Cf. Accord d'intéressement possible pas seulement sur résultats de l'entreprise).

Dès lors et à ce stade de l'analyse, il ne semble pas que la question puisse faire longtemps débat.

L'association est une entreprise comme une autre sauf dans les rares hypothèses où la loi fixe des normes en lien avec la structure juridique de l'entreprise et s'avèrent de fait inapplicables à l'association.

Cette vision globalement réaliste de la situation n'est pourtant peut-être pas aussi tranchée qu'il apparaît.

Sur de nombreux points, en effet, une lecture plus attentive des textes et surtout de la jurisprudence démontre que la spécificité du secteur associatif a encore quelques restes.

Pour que mon propos puisse tenir dans le laps de temps qui m'est imparti, j'ai choisi de le limiter à quelques exemples qui m'ont semblé les plus significatifs, pris à partir d'associations employeurs oeuvrant dans le champ du secteur sanitaire et social.

Comme certains l'ignorent peut-être, ce secteur est en France l'un des secteurs les plus importants en nombre de salariés employés. Ainsi, l'UNIFED (l'Union des Fédérations et Syndicats Nationaux d'Employeurs sans but lucratif du secteur sanitaire, médico-social et social), créée le 15 juin 1993 dans le but d'instaurer une logique de branche par cinq organisations d'employeurs (la FEHAP, la Fédération Nationale des Centres de Lutte contre le Cancer, le SOP, le FEGAPEI, le SNASEA, la Croix-Rouge Française) fédère aujourd'hui environ 6 300 établissements sanitaires, sociaux, et médico-sociaux, tous gérés par des associations à but non lucratif et regroupe quelques 500 000 salariés !

1 – SPECIFICITES DANS LE DOMAINE DES RELATIONS INDIVIDUELLES

A - Une offre de choix accrue en matière de contrats aidés dans le secteur dit « non marchand »

La liste est longue et son énumération fastidieuse. On peut, cependant, retenir comme les plus importants le contrat d'accompagnement dans l'emploi, ainsi que le contrat d'avenir.

Pour autant, ces différents types de contrats à durée déterminée non autorisés dans le secteur lucratif témoignent de la prise en compte par le législateur des spécificités du secteur associatif en offrant à ce type de structures plus de souplesse dans leur faculté de recrutement.

Qu'on ne se méprenne pas pour autant sur le sens à donner à ces «coups de pouce législatifs» en direction du secteur associatif.

La plupart de ces contrats spécifiques au secteur associatif sont liés aux différentes politiques d'insertion de public rencontrant des difficultés particulières d'accès à l'emploi.

Le secteur associatif joue souvent le rôle de relais des ANPE.

L'association était alors plus utilisée par les pouvoirs publics comme permettant à certains publics en grande difficulté d'accéder à un emploi.

C'est donc ici un rôle social qui est demandé à l'association.

Il ne s'agit pas pour le législateur de permettre « sans contrepartie » d'embaucher à moindre coût le personnel qualifié dont elle a, par ailleurs, besoin au même titre que n'importe quelle entreprise.

Ainsi, à titre d'exemple, les deux types de contrat aidé les plus utilisés par le secteur associatif et qui lui sont spécifiquement réservés sont les suivants :

Le contrat d'accompagnement dans l'emploi (Art. L. 322-4-7 C. trav.)

Le contrat d'accompagnement dans l'emploi a été créé en lieu et place des contrats emploi solidarité et contrats emploi consolidés. Il en conserve l'esprit qui est de faciliter l'insertion professionnelle. Il porte « sur des emplois visant à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits ».

Le contrat d'accompagnement peut être conclu par des employeurs du secteur dit non marchand, c'est-à-dire :

les collectivités territoriales,
les autres personnes morales de droit public,
les organismes de droit privé à but non lucratif,
les personnes morales chargées de la gestion d'un service public.

Il ne peut pas être conclu de CAE pour pourvoir des emplois dans les services de l'Etat (sauf pour exercer des missions de sécurité auprès des fonctionnaires de la Police Nationale).

Les bénéficiaires potentiels du contrat d'accompagnement sont les personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières d'accès à l'emploi. Le texte reste volontairement vague afin de laisser à l'ANPE la possibilité d'effectuer un ciblage précis du public concerné par le dispositif, en tenant compte de la situation du marché du travail local. Le bénéficiaire n'est pas tenu d'être inscrit à l'ANPE pour être embauché en CAE.

Le contrat de travail est conclu en application d'une convention qui doit être signée avec l'Etat. Il s'agit d'un contrat à durée déterminée d'une durée minimale de 6 mois, sauf pour les personnes bénéficiant d'un aménagement de peine, pour lesquelles il peut être de 3 mois.

Comme la convention conclue avec l'Etat, il peut faire l'objet, par dérogation aux règles habituelles applicables aux contrats à durée déterminée, de deux renouvellements dans la limite d'une durée totale de vingt-quatre mois.

Le contrat de travail peut être à temps plein ou à temps partiel, sans que la durée hebdomadaire de travail ne puisse, en principe, être inférieure à 20 heures. Une durée inférieure sera néanmoins possible, à la condition d'être prévue par la convention signée entre l'employeur et l'Etat, lorsque la personne embauchée rencontre des difficultés particulièrement importantes (par exemple liées à son état de santé).

Par dérogation à l'article L. 122-3-8, les CAE peuvent être rompus avant leur terme, à l'initiative du salarié, lorsque la rupture du contrat a pour objet de lui permettre :

d'être embauché pour un contrat à durée déterminée d'au moins six mois ;
d'être embauché pour un contrat à durée indéterminée ;
de suivre une formation conduisant à une qualification au sens de l'article L. 900-3 du Code du travail.

A la demande du salarié, le contrat peut être suspendu afin de lui permettre d'effectuer une période d'essai afférente à une offre d'emploi visant une embauche, en contrat à durée indéterminée ou à durée déterminée au moins égale à six mois. En cas d'embauche à l'issue de cette période d'essai, le contrat est rompu sans préavis.

En matière de rémunération, sous réserve de clauses contractuelles ou conventionnelles plus favorables, les bénéficiaires de contrats d'accompagnement perçoivent une rémunération égale au produit du SMIC par le nombre d'heures de travail effectuées.

Le CAE peut exceptionnellement être cumulé avec une autre activité rémunérée dans la limite de la durée maximale du travail.

La signature d'une convention avec l'Etat ouvre droit pour l'employeur à une aide destinée à prendre en charge en partie le coût du contrat de travail et, éventuellement, celui des actions de formation prévues par ladite convention. Son montant est fixé chaque année par un arrêté du préfet de région. Le taux de prise en charge ne peut excéder 95% du taux brut du SMIC par heure travaillée dans la limite d'une durée hebdomadaire de 35 heures.

L'embauche d'un salarié en contrat d'accompagnement dans l'emploi ouvre par ailleurs droit à l'exonération des cotisations à la charge de l'employeur au titre des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales, pendant la durée de la convention. L'exonération s'applique pendant la durée de la convention. Elle n'est pas cumulable avec une autre aide de l'Etat à l'emploi.

Le montant de l'exonération est égal à celui des cotisations patronales de sécurité sociale afférentes à la fraction de la rémunération n'excédant pas le produit du SMIC par le nombre d'heures rémunérées, dans la limite de la durée légale du travail calculée sur le mois ou, si elle est inférieure, de la durée conventionnelle applicable dans l'établissement.

L'employeur est également exonéré de la taxe sur les salaires, de la taxe d'apprentissage et des participations dues au titre de l'effort de construction.

Le contrat d'avenir (Art. L. 322-4-10 C. trav.)

Créé dans le secteur non-marchand, le contrat d'avenir porte sur des emplois visant à satisfaire des besoins collectifs non satisfaits.

La mise en œuvre de ces contrats est confiée au département ou à la commune de résidence du bénéficiaire ou, le cas échéant, à l'établissement public de coopération intercommunale disposant de la compétence action sociale d'intérêt communautaire auquel appartient la commune. Ces derniers peuvent cependant décider de confier la mise en œuvre des contrats conclus pour les habitants de leur ressort à la maison de l'emploi, au plan local pluriannuel pour l'insertion et l'emploi ou à la mission locale.

Pour les bénéficiaires de l'allocation de parent isolé ou de l'allocation adulte handicapé, l'Etat peut assurer la mise en œuvre du contrat.
Par ailleurs, dans chaque département, une commission de pilotage est créée en vue de coordonner la mise en œuvre du contrat d'avenir et d'organiser les modalités du suivi personnalisé des bénéficiaires de ce contrat. Elle est présidée par le président du conseil général et le représentant de l'Etat dans le département et comprend, notamment, des représentants des maires des communes ou des présidents des établissements publics de coopération intercommunale disposant de la compétence action sociale d'intérêt communautaire exerçant la compétence de mise en œuvre du contrat d'avenir.

Les employeurs pouvant recourir au contrat d'avenir sont :

- les collectivités territoriales et les autres personnes morales de droit public ;
- les personnes morales de droit privé chargées de la gestion d'un service public ;
- les autres organismes de droit privé à but non lucratif ;
- les entreprises d'insertion par l'activité économique (art. L. 322-4-16 du Code du travail) et les ateliers chantiers d'insertion (art. L. 322-4-16-8 du Code du travail).

Peuvent conclure le contrat d'avenir les bénéficiaires de l'allocation de revenu minimum d'insertion (allocataires et ayant-droit), de l'allocation de solidarité spécifique, de l'allocation de parent isolé et de l'allocation adulte handicapé sans condition de durée.

La conclusion d'un contrat d'avenir est subordonnée à la signature d'une convention entre :

- le bénéficiaire du contrat, qui s'engage à prendre part à toutes les actions qui y sont prévues,
- et le représentant de la personne publique qui assure la mise en œuvre du contrat (président du conseil général ou maire ou président de l'établissement public de coopération intercommunale disposant de la compétence action sociale d'intérêt communautaire ou représentant de l'Etat) ;
- et l'employeur.

Le contrat d'avenir est un contrat de travail à durée déterminée. Comme la convention, il est conclu pour une durée de deux ans et peut être renouvelé dans la limite de douze mois. Par exception :

- pour les bénéficiaires âgés de plus de 50 ans et les personnes reconnues travailleurs handicapés, la limite de renouvellement peut être de 36 mois ;
- lorsque la convention est conclue pour une durée comprise entre 6 et 24 mois, le contrat est conclu pour la même durée. Il est renouvelable deux fois pour une durée totale maximale de 36 mois ou de 5 ans pour les bénéficiaires âgés de plus de 50 ans et les personnes reconnues travailleurs handicapés.

La durée totale du contrat ne peut, compte tenu du ou des renouvellements, excéder 36 mois.

La durée hebdomadaire du travail est fixée à 26 heures. Elle est comprise entre 20 et 26 heures lorsque l'embauche est réalisée par un atelier ou chantier d'insertion ou une association ou entreprise de service à la personne agréée par l'Etat. Le contrat d'avenir peut se cumuler avec une autre activité rémunérée dans la limite de la durée légale du travail.

Le salarié perçoit a minima une rémunération égale au Smic.

L'employeur perçoit une aide de l'Etat, dite prime de cohésion sociale, qui est calculée sur la base de la différence entre la rémunération mensuelle brute versée au salarié par l'employeur, dans la limite du Smic, et le montant de l'aide accordée par le débiteur de l'allocation.

Sous réserve du renouvellement de la convention par avenant, elle est égale à :

- 75 % du montant mentionné ci-dessus pour la 1ère année d'exécution du contrat ;
- 50 % la 2ème année ;
- 25 % la 3ème année ainsi que pour les 4ème et 5ème années lorsque le contrat bénéficie à des personnes âgées de 50 ans et plus à la date d'embauche.

Un certain nombre d'exception à la dégressivité de l'allocation sont prévues.

Par ailleurs, les exonérations de cotisations sociales, de la taxe sur les salaires, de la taxe d'apprentissage et de la participation due au titre de l'effort de construction prévues pour le contrat d'accompagnement dans l'emploi s'appliquent au contrat d'avenir.
Le montant de l'exonération mentionnée est égal au montant des cotisations patronales de sécurité sociale afférentes à la fraction de la rémunération versée aux salariés dans le cadre des conventions de contrat d'avenir n'excédant pas le produit du Smic par la durée mensuelle du travail équivalente à 26 heures hebdomadaires.

B - La reconnaissance d'un statut original entre le bénévolat et le salariat par la création d'un contrat dit de « volontariat associatif »

La création du contrat de volontariat associatif par la loi du 23 mai 2006 a notamment pour intérêt la sécurisation du recours au volontariat dans le monde associatif. En effet, en 2002 la Chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt « Croix-Rouge » (Cass. Soc., 29 janv. 2002, n°99-42.697 – Annexe 1), avait requalifié en contrat de travail le travail d'accompagnateur de personnes voyageant seules effectué par des bénévoles au service de l'association « dès lors qu'ils effectuaient leur travail sous les ordres et selon les directives de cette dernière, qui avait le pouvoir d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements éventuels, et percevaient en outre une somme forfaitaire supérieure au montant des frais réellement exposés ». Cette jurisprudence qui constituait un frein au recours au bénévolat ne trouve plus à s'appliquer puisque la loi désormais dispose que ce contrat organise une collaboration désintéressée entre l'organisme agréé et la personne volontaire. Il ne relève pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, des règles du code du travail et n'emporte pas de lien de subordination juridique.

Le volontariat associatif est une collaboration désintéressée entre une personne physique, dénommée volontaire et une association de droit français ou une fondation reconnue d'utilité publique. Il a pour objet l'accomplissement d'une mission d'intérêt général à caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel, à la défense des droits ou à la diffusion de la culture, de la langue française et des connaissances scientifiques.

Le volontaire doit être âgé de plus de seize ans et posséder la nationalité française ou celle d'un Etat membre de l'Union européenne ou d'un autre Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou justifier d'une résidence régulière et continue de plus d'un an en France. La condition de durée de résidence ne s'applique pas lorsque la personne volontaire est bénéficiaire d'un contrat d'accueil et d'intégration tel que défini à l'article L. 117-1 du code de l'action sociale et des familles.

L'organisme agréé doit être une association de droit français ou d'une fondation reconnue d'utilité publique agréée par l'Etat à cet effet.

Le contrat de volontariat

Le contrat qui lie l'association au volontaire est un contrat écrit définissant Les conditions d'exécution de leur collaboration (lieu et temps de collaboration, nature des tâches…).

Le contrat de volontariat ne relève pas, sauf dispositions contraires prévues par la loi, des règles du code du travail. Il n'emporte pas de lien de subordination juridique.

La durée maximale du contrat de volontariat ne peut dépasser deux ans. La durée cumulée des missions accomplies par un volontaire pour le compte d'une ou plusieurs associations ou fondations ne peut excéder trois ans.
Le contrat doit prévoir une indemnité. Elle est versée par l'organisme agréé à la personne volontaire, un montant maximum est fixé par décret (article 15 du décret n°2006-1205 du 29 septembre 2006) : 641,60 euros depuis le 1er juillet 2007.

Cette indemnité n'a pas le caractère de rémunération du sens du code de la sécurité sociale.

C - La possibilité accordée aux associations assurant une mission d'intérêt général ou pour celles participant au service public hospitalier d'accueillir des fonctionnaires

La mise à disposition

Le statut des fonctionnaires mis à disposition est défini par la loi du 11 janvier 1984, récemment modifiée par la loi du 2 février 2007 ainsi que par le décret n°85-986 du 16 septembre 1985, qui doit faire prochainement l'objet de modifications, pour tenir compte des dispositions législatives nouvelles.

L'article 41 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat dispose que *« la mise à disposition est la situation du fonctionnaire qui demeure dans son corps d'origine, est réputé occuper son emploi, continue à percevoir la rémunération correspondante, mais qui exerce des fonctions hors du service où il a vocation à servir. ».*

L'article 1 du décret 85-986 dispose qu'un fonctionnaire peut, avec son accord, être mis à la disposition

D'une administration de l'Etat ou d'un établissement public de l'Etat à caractère administratif lorsque les conditions prévues à l'article 41 de la loi du 11 janvier 1984 susvisée sont réunies ;
D'un organisme d'intérêt général, public ou privé ;
D'un organisme à caractère associatif qui assure une mission d'intérêt général

La mise à disposition ne peut avoir lieu qu'avec l'accord du fonctionnaire et doit être prévue par une convention conclue entre l'administration d'origine et l'organisme d'accueil.

Le fonctionnaire peut être mis à disposition auprès d'un ou de plusieurs organismes pour y effectuer tout ou partie de son service.

Elle ne peut intervenir qu'après signature d'une convention passée entre l'administration gestionnaire et l'organisme d'accueil, qui définit notamment le nombre de fonctionnaires mis à disposition, la nature et le niveau des activités qu'ils exercent, leurs conditions d'emploi et les modalités du contrôle et de l'évaluation desdites activités.

Cette convention prévoit le remboursement par l'organisme d'accueil de la rémunération du ou des fonctionnaires intéressés.

La convention est conclue pour une période dont la durée ne peut excéder six ans. Elle peut être renouvelée. La mise à disposition est prononcée par arrêté du ministre dont relève l'intéressé[1].

La durée de la mise à disposition est fixée dans l'arrêté qui la prononce. Elle ne peut excéder trois ans mais peut être renouvelée dans les conditions prévues par la convention de mise à disposition[2].

Le détachement

Le détachement est la position du fonctionnaire placé hors de son corps d'origine mais continuant à bénéficier dans ce corps de ses droits à l'avancement et à la retraite (art. 45 de la loi n°84-16 du 11 janvier 1984).

Les organismes pouvant bénéficier du détachement d'un fonctionnaire sont déterminés par le décret n°85-986 du 16 septembre 1985.

Le détachement auprès d'un organisme privé est possible dans trois hypothèses :

- auprès d'une entreprise ou d'un organisme privé d'intérêt général ou de caractère associatif assurant des missions d'intérêt général (art. 14, 5°). Le nombre et la nature des emplois auxquels il est éventuellement pourvu par des fonctionnaires détachés doivent être précisés par une disposition des statuts de l'entreprise ou de l'organisme considéré,

approuvée par arrêté du ministre du budget, du ministre chargé de la fonction publique et du ou des ministres intéressés. Les associations ou fondations reconnues d'utilité publique sont dispensées de cette formalité ;

- auprès d'une entreprise privée, d'un organisme privé ou d'un groupement d'intérêt public pour y exercer des travaux de recherche d'intérêt national entrant dans le cadre fixé par le comité interministériel de la recherche scientifique et technique institué par le décret n° 75-1002 du 29 oct. 1975, ou pour assurer le développement, dans le domaine industriel et commercial, de recherches de même nature (art. 14, 9°). Un tel détachement ne peut cependant intervenir que si l'intéressé n'a pas eu, au cours des 5 dernières années, soit à exercer un contrôle sur l'entreprise, soit à participer à l'élaboration ou à la passation de marchés avec elle ;

- les membres des corps de personnel d'éducation, d'orientation et d'enseignement en fonctions dans une école ou dans un établissement d'enseignement du second degré peuvent, sur leur demande, et après avis de la commission administrative compétente, être détachés auprès d'une entreprise publique ou privée pour exercer des activités liées à leurs compétences pédagogiques ou à la nature de leur enseignement (art. 35).

L'agent est soumis à l'ensemble des règles régissant l'emploi qu'il occupe par l'effet du détachement.

Le détachement peut être de courte ou de longue durée.

Le détachement de courte durée (art. 20 du décret n°85-986 du 16 septembre 1985)
Le détachement de courte durée ne peut excéder 6 mois et ne peut pas faire l'objet d'un renouvellement (art. 20 du décret du 16 sept. 1985).

A l'expiration de ce détachement, le fonctionnaire est obligatoirement réintégré dans son emploi antérieur.

Le détachement de longue durée (article 21 et suivants du décret n°85-986 du 16 septembre 1985)

Le détachement de longue durée ne peut excéder 5 ans. Il peut être renouvelé indéfiniment par période de 5 ans, à l'exception du détachement prononcé en application de l'article 14, 9° du décret, c'est-à-dire dans une entreprise privée pour y effectuer des travaux de recherche, qui ne peut être renouvelé qu'une fois, à titre exceptionnel (art. 26 du décret).

L'organisme d'accueil du fonctionnaire détaché fait connaître au fonctionnaire et à son administration d'origine sa décision de renouveler ou non le détachement trois mois au moins avant l'expiration du détachement. Dans le cas le détachement n'est pas renouvelé par l'organisme d'accueil pour une cause autre qu'une faute commise dans l'exercice des fonctions, le fonctionnaire est réintégré immédiatement et au besoin en surnombre dans son corps d'origine.

Dans le même délai, le fonctionnaire fait connaître à son administration d'origine sa décision de solliciter le renouvellement ou de réintégrer son corps d'origine. Si le fonctionnaire n'a pas fait connaître sa décision dans le délai, il est obligatoirement réintégré dans son corps d'origine.

Si le fonctionnaire a fait connaître sa décision de solliciter le renouvellement de son détachement dans le délai mentionné et que l'organisme d'accueil n'a pas fait connaître sa décision de refuser le renouvellement du détachement dans le même délai, elle continue à rémunérer le fonctionnaire jusqu'à sa réintégration par arrêté du ministre intéressé, à la première vacance, dans son corps d'origine.

D - L'application du droit du licenciement au sein des structures associatives

Dans le domaine du licenciement pour motif personnel

Dans les textes, aucune spécificité n'apparaît.

Le Code du travail ne réserve ici aucune spécificité au secteur associatif.

Il reste, cependant, qu'une analyse attentive de la jurisprudence montre en certains aspects la prise en compte par les juges du caractère particulier de la structure employeur exerçant sous la forme associative.

Cette particularité apparaît principalement dans deux domaines : celui du motif du licenciement lorsque celui-ci est fondé sur des motifs relevant de la sphère privée du salarié, ainsi que dans le domaine de la procédure de licenciement en lien avec les statuts de l'association.

Cette prise en compte s'exprime plus particulièrement lorsque le licenciement est fondé sur des éléments tirés de la vie personnelle du salarié lorsque ces éléments sont créateurs d'un trouble caractérisé à l'entreprise
Il convient ici de rappeler que le comportement du salarié dans sa vie personnelle ne peut, en principe, être retenu par son employeur comme motif de licenciement.

La seule exception à ce principe se trouve dans le trouble caractérisé apporté à l'entreprise compte-tenu de la nature des fonctions du salarié et de la finalité de l'entreprise dans laquelle il travaille (Arrêt Painsecq du 17 avril 1991 – Bull. n° 201 – Annexe 2).

C'est sur cet aspect particulier de « finalité de l'entreprise » que certaines associations dont l'objet social est particulièrement marqué (école religieuse, établissement de soins, association de défense contre les discriminations, etc.) se voient reconnaître plus facilement par les juges un motif de licenciement pour des faits relevant de la vie personnelle du salarié.

Lorsque l'association a pour objet essentiel la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique (Ph. WAQUET, loyauté du salarié dans les « entreprises de tendance », GAZ, Palais 1996 p. 1427 – Annexe 3), il est admis que la liberté du salarié est moins grande que dans une entreprise « ordinaire ».

Le salarié ne peut, même à l'extérieur, prôner une philosophie, avoir des comportements, des mœurs ou une vie familiale en contradiction flagrante avec l'objet de son entreprise.

La jurisprudence de la Cour de cassation a évolué sur ce point.

La première affaire significative est l'affaire Roy dans laquelle une enseignante d'un établissement scolaire de confession catholique lié à l'Etat par un contrat simple avait été licenciée en raison de son remariage après divorce.

Dans un premier arrêt, une Chambre mixte de la Cour de cassation avait considéré : « qu'il ne pouvait être porté atteinte à la liberté du mariage par un employeur » (17 octobre 1975 – Bull. n° 5 – Annexe 4). Dans un second arrêt, l'assemblée plénière rend une décision contraire dans laquelle elle estime que les convictions religieuses de la salariée avaient été prises en considération lors de son embauche et que cet élément de l'accord « qui reste habituellement en-dehors des rapports de travail » avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu une partie essentielle et déterminante (19 mai 1978 – Bull. n° 1 – Annexe 5). La Cour de cassation reconnaissait donc, d'une part, que les convictions religieuses pourraient être sous-entendues dans un contrat de travail et, d'autre part, que le salarié devait avoir une vie personnelle conforme à ses convictions.

Dans un arrêt dit « Fischer » du 20 novembre 1986, la Cour de cassation est allée encore plus loin (Cass. Soc. 20 novembre 1986 – Bull. n° 555 – Annexe 6).

La Chambre sociale a été jusqu'à affirmer que l'article L 122-45 n'était pas applicable « lorsque le salarié qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur méconnaît les obligations résultant de son engagement ».

Autrement dit : même dans sa vie personnelle, le salarié doit agir en communion de pensée et de foi avec son employeur.

Cette jurisprudence qui reconnaissait une clause de « communion de pensée » est restée isolée et semble aujourd'hui définitivement abandonnée si l'on se réfère à l'arrêt Painsecq du 17 avril 1991 (Bull. n° 20).

Dans cette affaire qui reste célèbre, le litige opposait un aide-sacristain à l'association Saint-Nicolas du CHARDONNET.

Ce salarié avait été licencié en raison de ses mœurs contraires aux principes de l'Eglise catholique.

La Cour d'appel avait admis le bien fondé du licenciement en rappelant que l'homosexualité était condamnée par l'Eglise catholique et que la méconnaissance par le salarié de ses obligations existait indépendamment du scandale que son comportement pourrait provoquer, peu important de savoir si le fait était connu ou non des fidèles.

La Chambre sociale de la Cour de cassation a finalement censuré cet arrêt.

Elle a posé en premier lieu le principe tiré des articles L 122-35 et L 122-45 du Code du travail selon lesquels l'employeur ne peut congédier un salarié pour le seul motif tiré de ses mœurs.

Elle pose ensuite le principe que le licenciement d'un salarié pour un motif tiré de son comportement ne peut être prononcé que si celui-ci compte-tenu de la nature de son fonctionnement et de la finalité propre de l'entreprise a créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise.

Même si la Cour de cassation a posé cette limite dans sa jurisprudence Painsecq, il n'en reste pas moins vrai que dans les faits, les Tribunaux se montrent plus exigeants pour les salariés travaillant dans de telles associations au regard du respect de leur obligation de loyauté et de leur devoir de réserve qui seront appréciés au regard de la nature de leur emploi et de l'entreprise au service de laquelle ils exercent leur activité.

Les problématiques de pouvoir propres aux associations

De très nombreux arrêts ont statué ces dernières années sur l'organisation du pouvoir de licencier au sein des associations.

Sur ce point, la rédaction des statuts de l'association de même que celle des règlements intérieurs de fonctionnement revêtent une importance capitale.

En principe, le pouvoir de licencier dans une association appartient de plein droit à son Président (Cass. Soc. 25 novembre 2003 – Association CEEI – Annexe 7).

Dans cette affaire, une Cour d'appel avait fait droit à la demande d'un salarié de faire déclarer son licenciement sans cause réelle et sérieuse au motif qu'aucune délibération du Conseil d'administration n'avait autorisé le Président de cette association de procéder au licenciement de l'intéressé.

Pour la Cour de cassation, l'arrêt devait être cassé au motif que le Président d'une association est de plein droit titulaire du pouvoir de rompre un contrat de travail :

« Attendu cependant que l'article 13 des statuts de l'association dispose que son Président en est le représentant légal auprès des tiers pour tous les actes de la vie sociale. Qu'à défaut d'une disposition spécifique des statuts attribuant cette compétence à un autre organe de l'association, il entrait, dès lors, dans les attributions de son Président de mettre en œuvre la procédure de licenciement d'un salarié. »

Or, dans un autre arrêt du 4 avril 2006, la même Cour de cassation, en raison de la rédaction particulière des statuts d'une autre association, conteste au Président de celle-ci le pouvoir de procéder seul à un licenciement (Cass. Soc. 4 avril 2006 – Association APAIS – Annexe 8) :

« Attendu qu'aux termes de l'article 2 du règlement intérieur de l'association pour l'adaptation et l'insertion sociale (APAIS), les directeurs seront embauchés et licenciés par le Conseil d'administration. »

Pour la Cour de cassation : « Le manquement à cette règle, insusceptible de régularisation postérieure, rendait le licenciement sans cause réelle et sérieuse. »
Dans le domaine du droit du licenciement économique, la définition du licenciement économique est posée par l'article L 321-1 du Code du travail

Art. L. 321-1.- (L. no 89-549, 2 août 1989 ; L. no 2005-32, 18 janv. 2005, art. 73, I) - Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou « d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail », consécutives notamment à

des difficultés économiques ou à des mutations technologiques. (L. no 92-722, 29 juill. 1992) Les dispositions du présent chapitre sont applicables à toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'alinéa précédent. (L. no 2002-73, 17 janv. 2002) «Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises.»

A cette définition légale, la jurisprudence ajoute la nécessaire sauvegarde de compétitivité de l'entreprise (Cass. Soc. 5 avril 1995 – Bull. civ. 5° n° 123 – Annexe 9).

Si la notion de difficultés économiques peut parfaitement s'appliquer à une association : pour un exemple : Annexe 10 - Cass. Soc. 29 mai 2002 n° 1806 – Buttel et autre : « Le licenciement économique des salariés d'une association en raison « des difficultés économiques aggravées par le non renouvellement de la subvention entraînant sa dissolution » est suffisamment motivé. », c'est la notion de « sauvegarde de compétitivité » qui paraît très inadaptée à la situation du secteur associatif.

De même, l'exigence de reclassement avant tout licenciement économique étendu à l'entreprise ou au groupe auquel appartient l'entreprise est ici délicate à appréhender.

Enfin, en de nombreux cas, dans le secteur sanitaire et social à but non lucratif, c'est souvent par les exigences des autorités de tarification que des postes sont modifiés ou des réorganisations/regroupements d'activités sont imposés.

Ces exigences ne sont que très rarement prises en compte par les juges pour valider les licenciements économiques qui peuvent en découler (Annexe 11 - Cass. Soc. 4 juin 1997 n° 94-41.668 : « Les prescriptions de l'autorité de tutelle (en l'espèce la DDASS) ne constituent pas un motif économique de licenciement. »).

2 – SPECIFICITES DANS LE DOMAINE DES RELATIONS COLLECTIVES DU TRAVAIL

La difficile relation entre le financeur et l'employeur au sein du secteur sanitaire et social à but non lucratif et la technique de l'agrément

S'il est une spécificité majeure du secteur sanitaire et social dans le domaine du droit du travail, c'est sans conteste dans la réglementation relative à l'agrément des conventions et accords collectifs qu'il faut la trouver. Le code de l'action sociale et des familles prévoit que les conventions collectives de travail, conventions d'entreprise ou d'établissement et accords de retraite applicables aux salariés des établissements de santé et des établissements et services sociaux et médico-sociaux à but non lucratif ne prennent effet qu'après agrément donné par le ministre lorsque les dépenses de fonctionnement de ces organismes sont, en vertu de dispositions législatives ou réglementaires, supportées, en tout ou partie, directement ou indirectement, soit par des personnes morales de droit public, soit par des organismes de sécurité sociale (CASF, art. L. 314-6). L'agrément de ces accords a donc un double objet. L'agrément permet à l'accord d'exister juridiquement (de prendre effet…) mais aussi d'être opposable à l'autorité de tarification.

Lorsqu'elle fixe le montant des dépenses autorisées, cette autorité doit tenir compte du coût de ces accords.

La procédure d'agrément ajoute incontestablement une lourdeur à la négociation collective au sein de la Branche. Tout d'abord parce qu'elle allonge le délai à l'issue duquel les accords collectifs entrent en vigueur. Ensuite parce que l'agrément, loin de n'être qu'une simple formalité, n'est pas toujours accordé par le ministre1. Or, un refus d'agrément oblige les partenaires sociaux à reprendre la procédure de négociation.

Enfin, à compter du 1er janvier 2008, la procédure d'agrément va encore se complexifier. En effet, c'est à cette

date qu'entrera en vigueur la version modifiée de l'article L. 314-6 du CASF3 qui supprime la procédure d'agrément des conventions collectives applicables aux établissements de santé. Cette suppression entraîne de nouvelles complications. Première difficulté : lorsqu'un accord comprend dans son champ d'application à la fois des établissements de santé et des établissements sociaux et médicaux sociaux, l'agrément devra être demandé pour ces derniers mais pas pour les établissements de santé. Autre difficulté : l'accord sera d'application immédiate pour les établissements de santé (sauf condition suspensive pouvant tenir à l'obtention d'un arrêté d'extension), tandis que l'application de l'accord n'interviendra qu'une fois l'agrément obtenu pour les établissements relevant du social ou du médico-social. Et si l'agrément est finalement refusé, qu'adviendra t-il de l'accord ?

Ces dispositions nouvelles introduisent donc une nouvelle source de complexité au niveau de la Branche UNIFED, ainsi qu'au niveau des conventions collectives (par exemple, la CCN de la Fehap dont le champ d'application recouvre justement à la fois des établissements de santé mais également des établissements sociaux et médico-sociaux).

L'exercice du droit de grève dans les établissements privés de santé participant au service public hospitalier

Secteur privé

Le droit de grève est un droit constitutionnel. C'est donc un droit reconnu et garanti.

Dans le secteur privé, et contrairement au secteur public, la grève est peu réglementée. C'est donc la jurisprudence qui a progressivement défini le cadre de la grève, ses conditions d'exercice, et ses limites.

En droit, la grève se définit comme une cessation collective et concertée du travail en vue d'appuyer des revendications professionnelles.

Préavis

Dans le secteur privé : pas de préavis de grève.
Une convention collective ou un accord collectif de travail ne peut imposer le respect d'un préavis de grève dans le secteur privé.

Service minimum

Dans le secteur privé, le législateur n'est pas intervenu pour réglementer l'exercice du droit de grève.
Les pouvoirs attribués au juge des référés en matière de dommage imminent consécutif à l'exercice du droit de grève ne comportent pas celui de décider la réquisition de salariés grévistes (Cass. Soc. 25 février 2003, n°01-10.812 – Annexe 12).

Services publics

Etablissements concernés :

Article L 521-2 du code du travail *: « Les dispositions de la présente section s'appliquent aux personnels de l'Etat, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ainsi qu'aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service public. Ces dispositions s'appliquent notamment aux personnels des entreprises mentionnées par le décret prévu à l'alinéa 2 de l'article L 134-1. »*

Liste des établissements de santé chargés de la gestion d'un service public : « Le service public hospitalier est assuré : (…) 2º Par ceux des établissements de santé privés qui répondent aux conditions fixées aux articles L. 6161-6 et L. 6161-9 ; (…) » (Article L 6112-2 du code de la santé publique).
Etablissements de santé privés qui répondent aux conditions des articles L 6161-6 et 6161-9 du code de la santé publique :

« Les établissements de santé privés à but non lucratif sont admis à participer à l'exécution du service public hospitalier lorsqu'ils répondent à des conditions d'organisation et de fonctionnement fixées par décret et qu'ils

établissent un projet d'établissement tel que défini à l'article L. 6143-2 compatible avec les objectifs du schéma d'organisation sanitaire. (…) » (Article 6161-6 du CSP)

« Les établissements de santé privés, autres que ceux mentionnés aux articles L. 6161-4 et L. 6161-6 peuvent conclure avec l'Etat des contrats de concession pour l'exécution du service public hospitalier. » (Article 6161-9 du CSP).

Délai de préavis

Toute cessation concertée du travail doit être précédée d'un préavis :

Article L 521-3 du code du travail *: « Lorsque les personnels mentionnés à l'article L 521-2 font usage du droit de grève, la cessation concertée du travail doit être précédée d'un préavis.*

Le préavis émane de l'organisation ou d'une des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé.

Il précise les motifs du recours à la grève.

Le préavis doit parvenir cinq jours francs avant le déclenchement de la grève à l'autorité hiérarchique ou à la direction de l'établissement, de l'entreprise ou de l'organisme intéressé. Il fixe le lieu, la date et l'heure du début ainsi que la durée, limitée ou non, de la grève envisagée.

Pendant la durée du préavis, les parties intéressées sont tenues de négocier. »

Ce préavis de grève ne peut être déposé que par une organisation syndicale représentative, il doit être écrit et signé par la personne représentant l'organisation syndicale, indiquer les motifs de la grève, la date, l'heure de début et la durée de la grève.

Il doit parvenir au directeur de l'établissement au moins cinq jours francs avant le déclenchement de la grève.

En cas de non respect de ces principes, il est possible d'assigner les organisations syndicales devant le juge des référés du Tribunal de Grande Instance aux fins de déclarer la nullité du préavis et, en conséquence, l'illicéité du mouvement de grève (CA Versailles 21 déc. 2000, SA OTN / Union locale des syndicats CGT).

Prohibition des grèves tournantes

Article L 521-4 du code du travail : « En cas de cessation concertée du travail des personnels mentionnés à l'article L 521-2, l'heure de cessation et celle de reprise du travail ne peuvent être différentes pour les diverses catégories ou pour les divers membres du personnel intéressé.

Des arrêts de travail affectant par échelonnement successif ou par roulement concerté les divers secteurs ou les diverses catégories professionnelles d'un même établissement ou service ou les différents établissements ou services d'une même entreprise ou d'un même organisme ne peuvent avoir lieu. »

Est illicite un mouvement de grève affectant un établissement chargé d'un service public et dont les modalités consistent à observer une grève pour chaque poste, à l'embauche, à des moments différents de la journée (matin, après-midi et nuit) (TGI Valence 10 avril 2000 n° 2000/178, Cogema c/ Syndicat FNE-CGT et autre)

Le droit de grève dans les services publics n'est exercé normalement que si le préavis de grève détermine l'heure précise, commune à tous les membres du personnel, de l'arrêt de travail, peu important que certains salariés ne travaillent pas à cette heure, dès lors qu'ils peuvent se joindre au mouvement en cours (Cass. soc. 3 février 1998, n° 521 PBR, CGFTE c/ Syndicat CGT et autre – Annexe 13).

Service Minimum

Dans le secteur de l'audiovisuel et de la navigation aérienne le service minimum est légalement institué.

Dans les autres secteurs publics, il appartient au gouvernement, responsable du bon fonctionnement des services publics, de fixer la nature et l'étendue des limitations qui doivent être apportées au droit de grève en

vue d'éviter un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public (CE, 14 oct. 1977, n°98-807, Rec. CE, p.383 – Annexe 14).

Très tôt, le Conseil constitutionnel a affirmé que la reconnaissance du droit de grève n'était pas absolue et ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle (CC 25 juil. 1979, D. 1980 jur 101 – Annexe 15).

Les établissements de santé assurant un service public hospitalier doivent assurer la continuité de ce service public et des soins, garantir la sécurité des malades et des personnels (art. L. 6112-2 C. santé pub.). A défaut, la responsabilité civile et pénale du Directeur d'établissement pourra être engagée.

Dans ces établissements, les deux principes de droit de grève et de continuité du service public et des soins sont alors à concilier.

En cas de conflit collectif, l'employeur a l'obligation d'organiser un service minimum afin d'éviter toute rupture dans la continuité du service public et des soins. Il convient alors de décider quels sont les salariés dont la présence est indispensable pour assurer cette continuité.

Concrètement, l'instauration d'un service minimum doit être négociée avec les organisations syndicales.

Cependant, bien souvent, il est très difficile de recueillir la signature des syndicats sur le sujet.

En l'absence de signature d'un accord collectif en la matière, l'instauration d'un service minimum appartient à l'employeur (Cass. soc. 20 fév. 1991, n° 89-40.280 – Annexe 16 ; Cass. soc. 11 juin 2002, n° 00-42.907 – Annexe 17).

CONCLUSION

Même s'il a pu être trouvé ici ou là quelques exemples montrant une prise en compte par le législateur ou par la jurisprudence des spécificités du secteur associatif, cette prise en compte tend à devenir marginale.

Le droit du travail s'applique au sein des associations comme dans n'importe quelle entreprise.

La plus grande erreur consisterait à croire que l'objet non lucratif poursuivi par l'association l'exonère du respect des exigences de la Loi.

A cet égard, il n'est qu'à constater l'inflation sans précédent au cours de ces dernières années des contentieux prud'homaux au sein de la section activités diverses.

PHILIPPE RICHARD
Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Capstan
Membre de la Commission Droit des associations

---

1 Art. 3 D. 85-986 du 16 septembre 1985.
2 Art. 7 D. 85-986 du 16 septembre 1985.
1 Un exemple récent de refus d'agrément : Avenant du 12 juillet 2006 à l'accord de branche du 1er avril 1999 (agrément refusé par arrêté du 26 octobre 2006)
3 Modification issue de la loi de financement de la sécurité sociale n°2006-1640 du 21 décembre 2006

EPARGNE SALARIALE DANS LE SECTEUR ASSOCIATIF

Les associations qui emploient des salariés ont encore trop peu recours à l'épargne salariale. Si le secteur associatif entretient traditionnellement le principe d'une activité non lucrative, il n'en reste pas moins que la participation et/ou l'intéressement peuvent constituer des instruments privilégiés de motivation des salariés et un moyen de bonifier la rémunération des salariés sans accroître les charges de l'association.

De manière générale, l'épargne salariale est un outil de rémunération complémentaire en permettant à une association de distribuer des primes en exonération de charges sociales pour l'employeur et d'impôt sur le revenu pour le salarié.

Par ailleurs, l'épargne salariale constitue également un outil privilégié de fidélisation des salariés.

Dans l'esprit de certains dirigeants d'associations, le souci d'assurer une gestion désintéressée de la structure empêcherait de motiver les salariés dans l'exercice de leurs fonctions.

Or, ces deux exigences ne sont pas incompatibles dans la mesure où la rentabilité de l'association doit toujours être garantie pour permettre une pérennisation de ses activités.

1 - PARTICIPATION

Le dispositif de la participation est en principe obligatoire dans toutes les associations d'au moins cinquante salariés, en cas de bénéfice passible de l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun, sur la part de bénéfice dépassant 5% des capitaux propres. Les associations peuvent donc y être également soumises.

Les associations dont l'effectif habituel est inférieur à 50 salariés peuvent mettre en place volontairement la participation et bénéficient alors d'un avantage fiscal consistant en la possibilité de constituer une provision pour investissement.

Le fait qu'une association soit sans but lucratif et que sa gestion soit assurée de manière désintéressée par ses dirigeants n'empêche pas la structure de réaliser certains bénéfices, ce qui est même tout à fait souhaitable pour permettre à l'activité de perdurer.

En effet, c'est uniquement la distribution des bénéfices qui est incompatible avec le statut d'association sans but lucratif.

Ainsi, la participation complète la politique salariale par le biais d'une rémunération différée correspondant à une épargne certes obligée mais stimulée.

Tout d'abord, le coût financier pour l'association est maîtrisable, dans la mesure où elle est subordonnée à l'existence de bénéfices réalisés par l'association et qu'elle permet de partager avec les salariés.

L'avantage pour l'association est que la réserve spéciale de participation est considérée comme une charge déductible des résultats de l'exercice au cours duquel les sommes portées à la réserve sont réparties entre les salariés. De plus, au-delà de la formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation, des formules dérogatoires peuvent être convenues, sous réserve qu'elles respectent le minimum auquel donnerait lieu la formule légale.

1.1 Mise en oeuvre de la participation

Les accords de participation peuvent être conclus selon quatre modalités[1] , étant précisé que quel que soit le mode de conclusion, le comité d'entreprise, s'il existe, doit être consulté sur le projet d'accord de participation.

Il s'agit soit d'un accord collectif de travail, soit d'un accord avec les représentants d'organisations syndicales représentatives, soit d'un accord signé au sein du comité d'entreprise, soit mis en place par référendum auprès des salariés par un vote à la majorité des deux tiers du personnel inscrit.

L'accord doit être conclu avant l'expiration du délai d'un an suivant la clôture de l'exercice au titre duquel sont nés les droits des salariés.

Le montant des droits susceptibles d'être attribués à un salarié ne peut, pour un même exercice, excéder une somme égale aux trois quarts du plafond annuel de la sécurité sociale.

Les sommes non distribuées du fait de l'application de ce plafond font l'objet d'une répartition immédiate entre tous les salariés auxquels ont été versées des sommes d'un montant inférieur au plafond, sans que celui-ci puisse être dépassé du fait de cette répartition supplémentaire.

Les sommes qui en raison du plafond n'auraient pas pu être mises en distribution demeurent la réserve et seront réparties au cours des exercices ultérieurs.

Les accords de participation conclus à partir du 1er janvier 2007 doivent obligatoirement prévoir l'affectation des sommes constituant la réserve spéciale de participation à des comptes ouverts au nom de l' intéressé en application d'un plan d'épargne d'entreprise (PEE). Il s'agit d'une généralisation obligatoire des PEE. Il ne peut plus désormais y avoir d'accord de participation sans PEE.

1.2 Régime social et fiscal

Sur le plan social, les sommes versées aux salariés sont exonérées de cotisations sociales. En revanche, la CSG et la CRDS viennent à s'appliquer après abattement de 3 %.

Le dispositif de la participation aux résultats de l'entreprise permet aussi d'alimenter un plan d'épargne entreprise. Toutefois, l'affectation à un PEE des sommes en résultant, ne peut pas donner lieu à un versement complémentaire de l'entreprise, c'est-à-dire à un abondement. Seuls les frais de gestion des droits sont pris en charge.

Sur le plan fiscal, il convient de distinguer le cas du salarié de celui de l'employeur.

Pour le salarié

Pour le salarié, les droits à participation et les revenus réinvestis perçus, à condition d'être bloqués pendant cinq ans et sauf cas de déblocage anticipés[2] , sont exonérés d'impôt sur le revenu.

Pour l'association

Les sommes portées à la réserve spéciale de participation au cours d'un exercice sont déductibles au titre de l'exercice au cours duquel elles sont réparties entre les salariés.

Elles sont exonérées de la taxe sur les salaires, de la taxe d'apprentissage et des participations au développement de la formation professionnelle continue et à l'effort de construction.

Les associations de moins de 50 salariés qui ont conclu à titre facultatif un accord de participation peuvent constituer, en franchise d' impôt, une provision pour investissement égale à 25% des sommes portées à la réserve spéciale de participation.

Pour les accords qui seront conclus entre le 31 décembre 2006 et le 31 décembre 2009, le taux de la provision pour investissement est même porté à 50%.

Les associations qui déterminent la réserve de participation selon une formule dérogatoire peuvent constituer, en franchise d' impôt, une provision pour investissement égale à 50% de la fraction des sommes portées à la réserve spéciale de participation en plus du minimum résultant de la formule lé gale de calcul.

Les revenus des sommes versées au titre de la participation bénéficient du même traitement fiscal et social.

2 - INTÉRESSEMENT

L'intéressement constitue également un complément de rémunération de nature aléatoire dont le niveau est lié à la réalisation d'objectifs, mesurant la performance de l'association.

Son intérêt est d'associer les salariés aux performances de leur association, en leur attribuant les fruits de ces performances par le biais d'une rémunération optimisée. Néanmoins, la mise en place de l'intéressement reste purement facultative, quel que soit l'effectif de l'association.

Comme pour la participation, l'intéressement est par nature aléatoire, mais doit aussi être collectif et subordonné à la réalisation d'un objectif préalablement déterminé dans l'accord qui met en place l'intéressement, et ce sans pouvoir se substituer une rémunération existante[3] .

Celui-ci est conclu entre le dirigeant et les éventuels représentants d'organisations syndicales, le comité d'entreprise, s'il existe, statuant à la majorité, ou à défaut par ratification par le personnel à la majorité des deux tiers.

L'accord est conclu pour trois ans, avant le premier jour du septième mois suivant sa prise d'effet.

Complémentaire de la participation aux résultats de l'entreprise, l'intéressement n'est pas, par nature, un outil d'épargne salariale, mais peut évidemment contribuer à l'alimentation d'un plan d'épargne entreprise.

Tous les salariés de l'association bénéficient de l'intéressement, mais une condition d'ancienneté au plus égale à trois mois peut néanmoins être posée.

Elle relève en fait de la volonté de l'association de partager avec les salariés les fruits de ses performances en vue de créer une dynamique quotidienne et d'implication dans leur travail.

2.1 Mise en oeuvre de l'intéressement

Toute la difficulté réside dans la prise en compte de critères objectifs permettant la détermination de l'intéressement.

Par exemple, l'intéressement peut être lié à l'amélioration du service, non lucratif, rendu par un organisme. A ce titre, l'administration fiscale considère que cela ne caractérise pas en soi une gestion intéressée de l'association.

En revanche, le fait de prévoir un complément de rémunération déterminé en fonction d'un résultat physique (nombre de contrats conclus ou d'articles vendus), une modulation déterminée en fonction du chiffre d'affaires de l'organisme ou d'un solde comptable, serait de nature à affecter le caractère désintéressé de la gestion de l'organisme et constituerait l'indice d'une démarche lucrative[4] .

Par conséquent, les signataires de l'accord conservent une certaine liberté, sous réserve que l'intéressement soit lié aux performances de l'association.

En pratique, l'intéressement peut être lié à des indicateurs techniques ou qualitatifs.

Il peut s'agir, par exemple, de ratios ou d'objectifs à déterminer et leur évolution (qualité de l'accueil, absentéisme…).

La formule peut être figée c'est à dire que le montant de l'intéressement est acquis de façon invariable dès lors que l'objectif est réalisé, ou progressif par seuil selon la valeur de dépassement de l'objectif. Elle peut prévoir un seuil de déclenchement et une assiette de calcul de l'intéressement.

Enfin, il faut savoir que le grand intérêt de la mise en place d'un système d'intéressement résulte du régime social et fiscal des sommes ainsi distribuées.

2.2 Régime social et fiscal

Les sommes attribuées en application d'un accord d'intéressement n'ont pas le caractère de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et ne sont donc pas soumises à cotisations dans la limite des deux plafonds suivants :

- plafond global : 20 % des salaires bruts versés par l'association,
- plafond individuel : 50 % du plafond annuel de la sécurité sociale[5]

Toutefois, ces sommes, après abattement de 3%, sont assujetties à la CSG et à la CRDS.

Sur le plan fiscal, il convient de distinguer le cas des salariés et de celui de l'employeur.

Pour le salarié

Pour les salariés, les sommes attribuées au titre de l'intéressement sont imposables dans la catégorie des salaires au titre de l'année au cours de laquelle le salarié en a la disposition.

En revanche, si ces sommes sont affectées, à l'initiative du salarié, à un plan d'épargne d'entreprise, elles sont exonérées d'impôt sur le revenu dans la limite d'un montant égal à la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale.

Pour l'association

Le montant des primes versées aux salariés en application d'un accord d'intéressement est déduit des bases retenues pour le calcul de l'impôt sur les sociétés ou de l'impôt sur le revenu.

Elles sont par ailleurs exonérées de la taxe sur les salaires, de la taxe d'apprentissage, des participations des employeurs au développement de la formation professionnelle continue et à l'effort de construction.

3 - EPARGNE SALARIALE AU PROFIT DES DIRIGEANTS

Il convient de s'interroger sur les conséquences fiscales éventuelles que pourrait avoir la mise en place au profit des dirigeants de l'épargne salariale au sein de l'association.

L'une des conditions pour qu'une association conserve son caractère non lucratif est que la gestion de l'association soit désintéressée. Pour ce faire, l'association ne doit procéder à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit, ce qui n'interdit pas aux dirigeants de percevoir une rémunération sous certaines conditions.

Les dirigeants sont exclus du bénéfice de la réserve de participation, lorsqu'ils ne sont pas titulaires d'un contrat de travail. Le seul mandat social n'ouvre pas droit à la participation légale aux résultats.

En revanche, lorsque la validité du cumul contrat/mandat social n'est pas discutable, les dirigeants peuvent

bénéficier de la participation, proportionnellement à la rémunération versée au titre du contrat de travail. Pour ce faire, le contrat de travail doit correspondre à un emploi salarié effectif au sein de l'association comportant un lien de subordination[6] .
Concernant l'intéressement, depuis la loi du 26 juillet 2005[7] , les dirigeants d'associations comprenant habituellement au moins un salarié, même à temps partiel, en sus du dirigeant lui-même, et au plus 100 salariés, peuvent bénéficier également de l'intéressement.

Cependant, même s'il s'agit d'une rémunération différée, non soumise à charges sociales, la rémunération des dirigeants d'association ne doit pas dépasser les plafonds de rémunération admis lorsque l'association bénéficie de ressources financières propres pour pouvoir rémunérer de un à trois dirigeants[8] .

Par ailleurs, l'administration fiscale admet qu'une rémunération brute mensuelle totale inférieure ou égale à trois quarts du SMIC ne remette pas en cause le caractère désintéressé de la gestion d'une association[9] .

Dans ce cas, l'accord doit expressément mentionner que le ou les dirigeants de l'association (président, administrateurs, membres du bureau) bénéficient de l'intéressement à condition de ne pas dépasser ces plafonds de rémunération. En l'absence d'une telle clause, seuls les salariés en sont bénéficiaires.

Dans les autres cas, les dirigeants ne peuvent bénéficier de l'intéressement que s'ils sont titulaires d'un contrat de travail qui les place dans un état de subordination à l'égard de l'association et leur permet de recevoir une rémunération distincte de celle éventuellement allouée au titre de leur mandat de dirigeant[10] .

Ces différents dispositifs d'épargne salariale devraient donc inciter à l'avenir les dirigeants d'associations à s'interroger sur l'opportunité de développer ce type de rémunérations différées non seulement au profit des salariés, mais également à leur profit sous réserve de respecter certaines conditions.

Dans une période où le secteur associatif cherche à mieux se structurer, l'épargne salariale permettra de motiver le personnel des associations, de les associer à ses performances et de leur offrir une politique salariale plus attractive susceptible de les fidéliser.

BENOÎT DUMOLLARD
Docteur en droit – Avocat au Barreau de Lyon
Cabinet A. Derue – J. Barthélémy & associés
Membre de la Commission Droit des associations
Co-rédacteur de l'ouvrage « Les aspects juridiques liés à l'organisation d'un évènement sportif » (Editions PUS).

---

1 *Articles L.3322-6 et suivants du Nouveau Code du travail*

2 *Article R442-17 du Code du travail : il s'agit notamment des cas de mariage, naissance, divorce, décès, cessation du contrat de travail, acquisition de sa résidence principale, invalidité, surendettement…*

3 *L'intéressement ne peut se substituer à aucun des éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale c'est à dire soumis à cotisations, éléments de rémunération en vigueur dans l'association ou qui deviendraient obligatoires en application de dispositions légales ou conventionnelles. Cette règle de non-substitution ne peut avoir pour effet de remettre en cause les exonérations accordées dès lors qu'un délai de 12 mois s'est écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et la date d'effet de l'accord (article L3312-4 du Nouveau Code du travail).*

4 *Instruction fiscale 4 h-5-06 du 18 décembre 2006, § 54*

5 *Soit au titre de l'année 2007 : 16.092 €*

6 *Circ. intermin. 14 septembre 2005, JO 1er novembre 2005*

7 *Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 (JO 27 juillet 2005) pour la confiance et la modernisation de l'économie*

8 *Article 261, 7-1° -d du Code général des impôts : ressources financières propres supérieures à 200.000 €. Attention : la rémunération mensuelle versée à chaque dirigeant ne peut pas dépasser 8.046 € au titre de l'année 2007.*

9 *Instruction fiscale 4 H-5-98 n°6 : 941 ? par mois au premier semestre 2007*

10 *Lettre-circ. ACOSS n°89-41, 31 mai 1989 ; Circ. ACOSS n°92-20, 29 janvier 1992, CA Versailles, 23 janvier 1996, 5°Ch. A, Centre de pesage, c/URSSAF de Chartres, RJS 8-9/96*

MARCHÉS PUBLICS - RÈGLES DE MISE EN CONCURRENCE - FINANCEMENT DES PERSONNES PUBLIQUES : QUELS RISQUES

Lorsque les collectivités locales décident d'aider financièrement les associations, il faut avoir à l'esprit que le principe d'une telle aide est strictement encadré par les dispositions du CGCT dans la mesure où aucune aide directe ne peut être octroyée à une entreprise.

Dès lors, si une association peut être qualifiée d'entreprise, ce premier mode de financement direct lui est interdit.

Par ailleurs, le principe du subventionnement n'est libre que sous réserve de respecter la clause générale de compétence de toute collectivité en vertu de laquelle elles « règlent par leurs délibérations les affaires de leur compétence ».

Une subvention doit dès lors présenter un intérêt direct et public pour la collectivité.

La dépense subventionnée doit correspondre au champ d'action possible de la collectivité concernée tant en raison du lieu que de son objet « les affaires de leur compétence » déterminées par le CGCT (article L. 2121-29)..

Dès lors, les possibilités de financement public des associations présentent de larges similitudes avec le droit applicable aux entreprises, tout en laissant des possibilités de mise en œuvre plus souples (I).

Par ailleurs, les contrats que l'administration signe fréquemment avec ses partenaires ne sont pas systématiquement des contrats administratifs soumis à une obligation de mise en concurrence. Tout dépend de l'objet exprimé dans la convention signé. A titre d'exemple, le fait de répondre à un besoin exprimé par l'administration signifiera l'existence d'un marché public, entre autre.

Depuis quelques années, le juge administratif est particulièrement sensible à l'objet des conventions de financement conclues par les collectivités et n'hésite pas à les requalifier en marchés publics ou en délégation de service public s'il estime les critères de définition réunis.

Or, de telle requalifications ne sont pas sans incidences notamment pénales.

Les associations sont donc soumises aux mêmes obligations que les entreprises en matière de droit public et de respect des règles de mises en concurrence.

Le risque est avéré, même si de récentes jurisprudences ont circonscrit les hypothèses de requalification.
Dès lors, les risques de requalifications des conventions de subvention en marchés publics et délégations de service public et leurs incidences pénales sont identiques aux risques de requalifications des conventions signées par les entreprises, mêmes si un certain particularisme est maintenu (II).

1 – LES POSSIBILITES DE FINANCEMENT PUBLIC DES ASSOCIATIONS : UNE APPARENTE INDEPENDANCE PAR RAPPORT AU DROIT APPLICABLE AUX ENTREPRISES.

A - Comme une entreprise, une association ne peut pas faire l'objet d'un financement public qualifiable d'aide aux entreprises.

Les dispositions des articles L. 1511-1 et suivants du CGCT réglementent l'octroi des aides directes et indirectes ou entreprises qui peuvent prendre la forme de « prestations de service, de subventions, de bonifications d'intérêts, de prêts et avances remboursables à taux nul ou à des conditions plus favorables que celle du taux moyen des obligations ». (…) « Les départements, les communes et leurs groupements peuvent participer au financement de ces aides dans le cadre d'une convention passée avec la région (…) ».

Ainsi, les articles L.1511-1 et suivants du CGCT mettent en exergue la notion d'aide publique dans l'hypothèse où le bénéficiaire effectif de l'aide (en l'espèce, une association) demeure une entreprise.

Toute la question est donc de savoir si une association peut ou non être qualifiée d'entreprise. En effet, il y a subvention lorsque le bénéficiaire n'exerce pas son activité sur le marché et que cette activité n'a pas de caractère économique. Dans le cas contraire, il y a aide directe.
Dès lors, si l'association est matériellement qualifiée d'entreprise (association à but lucratif, soumise à l'IS, exerçant des activités marchandes), la légalité de la subvention versée doit être analysée exclusivement à l'aune des règles de l'article L. 1511-1 et suivants du CGCT.
Certes, ces aides ne sont pas illégales, néanmoins, elles sont soumises à la primauté régionale (article L. 1511-2 du CGCT) et doivent avoir pour objet la création ou l'extension d'activités économiques.

Ainsi, à titre d'exemple, sont illégales les aides financières directes des collectivités locales aux associations qui n'ont pas pour objet la création ou l'extension d'activités économiques et qui peuvent être qualifiées d'entreprises.

Tel est le cas, souvent des associations sportives.

En revanche, si l'association ne poursuit pas un but lucratif, elle n'est pas qualifiée d'entreprise et la légalité de la subvention s'apprécie au regard de l'intérêt local pour la collectivité.

B – A l'inverse, toute association peut bénéficier d'une subvention d'une personne publique si elle respecte un minimum de règles.

1 - Ainsi, il faut d'abord que la subvention corresponde à un intérêt public.

Les personnes publiques ne peuvent aider que les associations qui ont une action en relation avec leur population ou leur territoire.

Toute subvention octroyée par une collectivité publique doit correspondre à un intérêt public répondant aux besoins de sa population ou de son développement (CE. 25 octobre 1957 Commune de Bondy Lebon p.552).

La légalité de la subvention est conditionnée par le respect de trois éléments cumulatifs :

- l'un, est la satisfaction des besoins de la population de la collectivité ;

- l'autre, est le fait que l'activité financée se déroule sur le territoire de la collectivité.
(CE. 11 juin 1997 Département de l'Oise ; Rec. CE 1997 p. 236 ; Req. 170069).

- enfin, la dépense ne doit pas excéder les compétences matérielles de la collectivité locale.

2 - Par ailleurs, depuis la loi du 12 avril 2000, et son article 10 lorsque une subvention dépasse un seuil de 23 000 euros, une convention doit être signée avec la collectivité.

L'autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret (23 000 euros), conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée.

En tout état de cause, le franchissement du seuil de 23 000 euros comporte des risques au regard tant des principes régissant la commande publique de libre concurrence et d'égalité d'accès que de la législation fiscale applicable.
Cette disposition ne s'applique pas aux organismes qui bénéficient de subventions pour l'amélioration, la construction, l'acquisition et l'amélioration des logements locatifs sociaux prévues au livre III du code de la construction et de l'habitation.

Répondant ainsi à un souci de transparence financière, ces conventions ont vocation à préciser outre le montant de la subvention versée par la personne publique, les obligations mises à la charge de l'association dont l'activité présente, par définition, un intérêt public certain.

3 - En outre, lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée et excède 153 000 euros, l'organisme de droit privé bénéficiaire doit produire un compte rendu financier qui atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention et communiquer tous ces documents comptables à la préfecture du département où lesdits documents peuvent être consultés librement dans les six mois suivant la fin de l'exercice pour lequel elle a été attribuée.
La rémunération des dirigeants de l'association doit également être publiée.

4 - De plus, la loi Sapin du 29 janvier 1993 a prévu que la collectivité doit être informée des financements reçus par l'association. Dès qu'une association est subventionnée et qu'elle perçoit plus de 75 000 euros annuellement, elle doit établir une comptabilité stricte et disposer d'un commissaire au compte pour certifier de la sincérité des comptes de l'association qui va prendre en charge une mission de service public (Article L 612-1 du Code de Commerce).

Cette obligation est désormais codifiée dans le CGCT (article L. 2313-1).

5 - Au surplus, les chambres régionales des comptes sont compétentes pour examiner la gestion de toute structure qui reçoit des subventions dont la somme annuelle dépasse 1500 euros versée par la collectivité.

Cette compétence est appréciée dans le cadre du contrôle de gestion exercée par la chambre régionale des comptes.

Ainsi, cette juridiction vérifie la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en oeuvre et sur l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. (Article L.211-8 du Code des Juridictions Financières)

Par voie de conséquence, il y a subvention lorsqu'il s'agit pour une personne publique d'apporter un concours financier aux activités d'une association qui a bâti un projet spécifique.

Le critère essentiel à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une subvention reste celui de l'initiative du besoin exprimé ou de l'action envisagée par l'association.

A défaut, les jurisprudences récentes démontrent qu'existe un risque réel et quasi certain de requalification des conventions de subvention en marchés publics ou en délégation de service public.

2 - LES RISQUES DE REQUALIFICATION DES CONVENTIONS DE SUBVENTION EN MARCHES PUBLICS ET DSP : UNE QUASI-SOUMISSION DES ASSOCIATIONS AUX OBLIGATIONS DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE

A – LES HYPOTHESES DE REQUALIFICATION DES SUBVENTIONS.

1.1 - Sur le pouvoir de requalification du juge administratif.

Le juge administratif s'attache à vérifier dans l'hypothèse d'un contentieux mettant en lumière un détournement de procédure si la qualification donnée au contrat envisagé correspond effectivement aux critères attachés audit contrat.
Dans la négative, le juge administratif saisi du litige s'attache alors à rechercher la qualification exacte en fonction des critères existants.

Dans cette hypothèse une convention de subventionnement peut être qualifiée de convention de délégation de service public (CAA Marseille 4 juillet 2005, M. Jean-Louis Armand, req. n° 02MA02343).

1.2 – Rappel de la définition de la délégation de service public.

L'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales définit la convention de délégation de service public de la façon suivante :

« Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

Il en résulte que toute délégation de service public implique le transfert d'une activité de l'autorité délégante au délégataire, mais surtout, d'une activité de service public.

En outre, toute délégation de service public implique que le délégataire perçoive une rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.

La rémunération substantielle par les résultats de l'exploitation n'est pas exclusive d'autres sources de revenus pour le cocontractant et peut se combiner avec des aides ou des subventions.

1.3 – Rappel de la définition du marché public.

La distinction essentielle entre la convention de délégation de service public et le marché public réside dans le mode de rémunération du cocontractant de la personne publique.

Comme précédemment exposé, le délégataire se rémunère substantiellement par les résultats de l'exploitation.

En revanche, le titulaire d'un marché public est rémunéré par un prix.

Ainsi, l'article 1er du Code des marchés publics définit le marché public de la façon suivante :

« Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ».

Cette convention peut relever de la qualification de marché public lorsque le versement est en réalité la contrepartie de prestations effectuées par une association au profit d'une personne publique, de sorte que le Code des marchés publics aurait dû s'appliquer.

Précisément, le manuel d'application du Code des marchés publics issu de la circulaire du 3 août 2006 expose que la subvention constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers.

La notion d'initiative implique non seulement l'impulsion du projet, mais aussi sa conception et sa définition.

Il en résulte que l'élément déterminant est la finalité : la satisfaction de besoins de la personne publique, autrement dit le fait que, dans le cadre de la convention, la personne publique bénéficie d'une prestation.

<u>1.4 Les récentes limites jurisprudentielles à la requalification des conventions de subvention.</u>
De nombreuses jurisprudences récentes ont requalifié des conventions conclues avec des associations. Citons notamment :
TA Melun 17 août 2006, Préfet de Seine et Marne, requalification en marché public d'une convention qui confie à une association l'organisation d'activités culturelles et artistiques en vue de promouvoir l'image de la collectivité et qui prévoit le versement de subventions affectées à cette activité et liées à l'importance des moyens mis en oeuvre par l'association.

TA Amiens, 9 novembre 2006, Préfecture de l'Oise, requalification d'une convention de sponsoring en marché public

Dans une décision récente, CE 6 avril 2007, Commune D'Aix en Provence, le Conseil d'Etat semble effectuer un revirement de jurisprudence et réhabiliter l'usage de l'outil associatif financé, dirigé et contrôlé par une collectivité locale en considérant que les collectivités locales sont libres de gérer leurs activités de service public et peuvent se dispenser de passer un marché public ou une délégation de service public quand

« eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».

Ainsi, le financement d'une activité de service public administratif exercée par une association contrôlée et majoritairement financée par une collectivité peut être exemptée des règles de mises en concurrence.

Aucune entreprise ne bénéficierait d'un tel régime sauf à risquer de lourdes sanctions.

B – LES RISQUES LIES A LA REQUALIFICATION DES CONVENTIONS EN MARCHES PUBLICS ET DSP.

Le risque pénal est encouru sur plusieurs fondements.

– Le délit d'octroi d'avantages injustifiés (délit de favoritisme).

L'article 432-14 du Code pénal dispose que :

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ».

En application de ces dispositions qui définissent le délit d'octroi d'avantages injustifiés, le juge pénal considère que la simple irrégularité en matière d'organisation d'une procédure de passation d'un marché public ou d'une convention de délégation de service public est susceptible de constituer l'élément matériel de l'infraction considérée et qu'en tout état de cause, l'élément matériel de l'infraction considérée doit nécessairement être retenu dans l'hypothèse d'une absence d'organisation d'une procédure de passation (Trib. Corr. Nantes, 19 décembre 1997 – Jean Marc Ayrault ; CA Poitiers 30 novembre 2000, Michel Lachaise et autres).

– Le délit de prise illégale d'intérêt.

Le fait pour des élus de participer à la gestion d'association en qualité de membre du conseil d'administration révèle un risque pénal dès lors que l'association est en relation contractuelle avec la collectivité publique dont ressort les élus.

Ainsi, l'article 432-12 du Code pénal dispose que :

« Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende ».

En application de ces dispositions, les élus exerçant une fonction de contrôle ou de surveillance sur une affaire ne peuvent y prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque.

La jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation est extrêmement sévère notamment à l'égard des élus représentant une commune dans une association.

Le régime juridique applicable aux associations en matière de financement public se rapproche donc largement de celui applicable aux entreprises, sans pour autant interdire certaines particularités procurant une plus grande souplesse de gestion.

ANNE-CÉCILE VIVIEN

Docteur en droit – Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Droit Public Consultants
Membre de la Commission Droit des associations

QUELLE RESPONSABILITÉ FINANCIÈRE POUR LE DIRIGEANT ASSOCIATIF ?

1- L'ASSOCIATION, UNE PERSONNE RESPONSABLE ?

En vertu des dispositions de la Loi du 1er juillet 1901, toute association déclarée est une personne morale responsable juridiquement.

Lorsqu'elle cause un dommage à l'un de ses membres ou à un tiers (ex : un fournisseur) dans le cadre de son ou ses activité(s), l'association devra alors réparer le préjudice subi par la victime sur ses biens propres.

Même en l'absence de but lucratif, c'est en principe l'association qui demeure responsable de ses actes ainsi que ceux de ses dirigeants.

Quelle peut alors être la responsabilité des dirigeants d'une association ?

Dans le cadre de leur pouvoir de gestion (mandat de gestion – art. 1984 et suivants du Code civil), les dirigeants peuvent être déclarés responsables envers l'association des dommages causés par leur faute.

Une telle responsabilité est identique à celle encourue par un dirigeant de société qui commet le même type de faute à l'égard de la personne morale.

Ainsi, il apparaît que le bénévolat n'est pas une cause exonératoire de responsabilité, l'appréciation de la faute devant toutefois être moins rigoureuse (art. 1992 alinéa 2 du Code civil).

a) Quelle responsabilité les dirigeants encourent-ils pour les actes commis dans le cadre de leur fonction ?

En principe, c'est l'association qui demeure responsable des actions engagées par ses dirigeants dans le cadre de leur pouvoir statutaire.

Par exception, les dirigeants pourront engager leur responsabilité personnelle, mais uniquement pour des fautes détachables de leurs fonctions.

En effet, dans ce cas les dirigeants ne peuvent être réputés avoir agi au nom et pour le compte de l'association, et à titre d'exemple lorsqu'ils :

n'ont pas précisé avoir agi au nom et pour le compte de l'association,
ont agi en dehors de l'objet social de celle-ci,
ont excédé leurs pouvoirs attribués par les statuts de l'association…

b) Définition de la notion de dirigeant d'association responsable :

Sont des dirigeants « ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'administration ou de la direction de

l'association » (art. 1er du décret du 16 août 1901).

Ils peuvent donc être des dirigeants personnes physique ou morale représentées par des personnes physiques et peuvent ne pas être membres de l'association.

Il s'agit généralement des membres du conseil d'administration ou de l'organe qui en tient lieu, quelle qu'en soit sa dénomination.

Lorsqu'ils ont commis l'une des fautes exposées ci-après, les dirigeants d'une association encourent des poursuites pour la mise en jeu de leur responsabilité, sans qu'il n'y ait lieu de distinguer :

s'ils sont rémunérés ou non,
s'ils sont des personnes physiques ou des personnes morales (ex : sociétés commerciales),
qu'ils soient dirigeants de droit, c'est à dire régulièrement investi des fonctions qu'ils ont acceptées dans les conditions du contrat associatif,
ou qu'ils soient dirigeants de fait, c'est à dire se livrant à des actes positifs de gestion et de direction d'associations en toute indépendance et en lieu et place des dirigeants de droit.

Est par exemple dirigeant de fait :

un membre qui signe des contrats engageant durablement l'association,
un directeur salarié qui dispose des comptes bancaires sans contrôle effectif des dirigeants,
un directeur technique salarié dont le Président ne fait qu'entériner les décisions,
une Commune ou une collectivité territoriale ayant des pouvoirs de gestion et de contrôle ou de décision dans l'association…

A cet égard, il convient de s'arrêter sur la situation particulière des associations dites transparentes.

Il s'agit d'associations investies d'une mission de service public qui ne peut pas être distinguée de la personne publique délégante.

La jurisprudence considère alors cette association comme étant un démembrement de cette collectivité.

Une telle qualification a trois effets juridiques importants :

les fonds versés par la personne publique restent des deniers publics,
les actes de l'association sont réputés émaner de la personne publique qui la contrôle et avec qui elle se confond,
et la reconnaissance de la transparence permettra d'engager la responsabilité financière de la collectivité publique sur la base d'une simple faute nettement plus facile à caractériser (CE 05/12/2005 n°259-748 jurisdata n°2005-069.364).

Quels sont les domaines dans lesquels la responsabilité des dirigeants d'association peut-elle être engagée ?

Plusieurs domaines de la responsabilité des dirigeants peuvent être distingués :

la responsabilité civile (réparation),
la responsabilité fiscale et administrative,
la responsabilité spéciale des procédures collectives,
la responsabilité pénale (sanction).

2 - LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES DIRIGEANTS

La mise en jeu de la responsabilité civile suppose la commission d'une faute ayant entraîné un préjudice dont l'origine directe (ou lien de causalité) est cette faute.

a) La responsabilité civile du dirigeant envers l'association

La faute d'un dirigeant doit, pour entraîner sa responsabilité personnelle envers l'association, avoir causé un préjudice au groupement associatif.

Cette solution s'applique sans difficulté lorsque le dirigeant commet un manquement à l'égard d'une obligation légale, réglementaire ou contractuelle.
La mise en jeu de cette responsabilité suppose que l'on puisse apporter la preuve d'une faute personnelle de sa part, le cas le plus fréquent étant un acte de gestion à caractère anormal.

b) Responsabilité du dirigeant vis-à-vis des membres de l'association ou des tiers

En principe, c'est l'association qui est responsable des dommages causés par son représentant dans l'exercice de son mandat.

S'agissant des fautes délictuelles, l'association (et son assureur) répond également des fautes commises par ses dirigeants dans le cadre de leurs fonctions, le dirigeant étant sensé vouloir agir au nom de l'association à ce titre.

Par contre, les dirigeants sont seuls responsables des fautes dites détachables de leur fonction.

Dans cette hypothèse, le dirigeant est réputé avoir agi en son nom personnel et non pour le compte de l'association.

C'est le cas d'un dirigeant ayant commis intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions.

c) Cette responsabilité civile du dirigeant associatif se rapproche parfaitement de celle des sociétés commerciales.

L'article L 223-22 du Code de commerce dispose par exemple que :

« Les gérants sont responsables individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion. »

3 - LA RESPONSABILITÉ FISCALE ET ADMINISTRATIVE DES DIRIGEANTS

Sur le plan fiscal :
Les dirigeants de droit ou de fait d'associations peuvent être déclarés judiciairement responsables du paiement des impositions et pénalités dues par le groupement associatif s'ils se sont rendus responsables de manœuvres frauduleuses ou de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales qui ont rendu impossible le recouvrement de ces impôts et pénalités. (Livre des procédures fiscales - article 267)

Attention ! Pour l'administration, cette disposition s'applique, que l'association soit ou non déclarée et de manière générale à toute personne morale, question de pragmatisme !

Sur le plan administratif :
Il appartient donc au dirigeant d'association de veiller à ce que toutes les obligations incombant au groupement dont ils ont la responsabilité soient correctement remplies et dans les délais.

Quelle responsabilité administrative ?

Il s'agit d'une responsabilité liée à la gestion des fonds publics (subventions).

Ainsi, en cas de faute de gestion de ces fonds publics, les dirigeants peuvent être condamnés à une amende par la Cour de discipline budgétaire et financière.
De la même manière, tout dirigeant d'une association détenant, sans être comptable public, des fonds ayant la nature de deniers publics peut être déclaré comptable de fait de ces fonds par une chambre régionale des comptes ou la Cour des comptes.

Une telle responsabilité est encourue, même si le dirigeant n'a pas disposé matériellement des sommes, car il a l'obligation de surveiller les personnes, placées sous son autorité, qui en disposeraient.

Cette responsabilité peut être cumulative avec celle de l'association.

A défaut de pouvoir justifier de l'emploi des fonds, le dirigeant pourra être condamné à reverser les sommes litigieuses, voire être condamné à une amende ou être poursuivi pour prise illégale d'intérêts. (cf. : infra responsabilité pénale)

La responsabilité spéciale des dirigeants dans le cadre des procédures collectives

Dans le cas où l'association connaît des difficultés financières graves, elle peut être contrainte d'effectuer une déclaration de cessation de paiements ayant pour conséquence l'ouverture d'une procédure collective.

Dans l'hypothèse où le groupement est placé en redressement ou liquidation judiciaire et qu'un passif subsiste au préjudice des créanciers, les dirigeants encourent différentes sanctions, telles que :

L'action en complément de passif : Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire fait apparaître une insuffisance d'actif provoquée par une faute de gestion, les dirigeants peuvent être condamnés à payer tout ou partie des dettes de l'association (art. L 651-2 du Code de commerce).

A titre d'exemple de faute de gestion, on peut noter :

le désintérêt de la gestion associative,
laisser perdurer une situation déficitaire pendant plusieurs années,
ne pas déclarer l'état de cessation des paiements de l'association dans le délai de 45 jours.

L'obligation aux dettes sociales : Lorsqu'une procédure de liquidation judiciaire en présence de certains comportements énumérés par la Loi lorsque le Tribunal considère que la faute du dirigeant a contribué à la cessation des paiements de l'association, ce dernier peut être condamné à prendre à sa charge tout ou partie des dettes du groupement (art. L 652-1 du Code de commerce).

Quelques exemples de comportements fautifs :

Disposé des biens de l'association comme s'ils leur appartenaient,
Fait des actes de commerce dans un intérêt personnel sous le couvert de l'activité de l'association,
Tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'association ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité conforme aux règles légales.

La faillite personnelle : Les dirigeants d'associations personnes physiques de droit ou de fait peuvent être frappés de faillite personnelle. La faillite personnelle a pour conséquence différentes déchéances et notamment l'interdiction de diriger, gérer ou administrer toute personne morale pour une durée qui ne peut dépasser quinze ans.

L'interdiction de gérer : Cette sanction qui consiste à interdire à un dirigeant de diriger, gérer, administrer ou contrôler directement ou indirectement toute entreprise ou personne morale peut être prononcée à l'encontre de tout dirigeant de droit ou de fait d'associations ayant une activité économique.

D'autres sanctions à caractère pénal peuvent être prononcées en cas de redressement ou de liquidation judiciaire d'une association à l'encontre de ses dirigeants. (cf. : infra IV)

4 - LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS

Un dirigeant est pénalement responsable des infractions qu'il commet dans le fonctionnement de l'association qu'il dirige.

Quelques exemples d'infractions commises par un dirigeant d'association :

- absence de tenue d'un registre spécial (art. 2 alinéa 2 Loi 1901),
- absence de déclaration en Préfecture dans un délai de 3 mois des changements de dirigeants (art. 5 alinéa 5 Loi 1901),
- pour une association sportive, le fait de ne pas souscrire les garanties d'assurance obligatoires (art. 37 alinéa 7 Loi du 16 juillet 1984 modifiée),
- prise illégale d'intérêts (art. 432-12 du Code pénal),
- banqueroute en cas de détournement des fonds associatifs (art. L 654-1 et L 654-9 du Code de commerce),
- reconstitution d'une association dissoute (art. 8 Loi 1901),
- non respect des règles d'hygiène et de sécurité vis-à-vis des salariés (art. 221-6, 222-19, 222-20 et 223-1 du Code pénal).

Le dirigeant peut être pénalement responsable des mêmes faits que ceux reprochés à l'association en sa qualité de co-auteur ou de complice de ces faits.

Mais il peut s'exonérer de ses responsabilités s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une autre personne disposant de la compétence de l'autorité et des moyens nécessaires pour exercer les pouvoirs délégués.

CONCLUSION :

La responsabilité des dirigeants d'associations est-elle fondamentalement différente de celle des dirigeants de sociétés commerciales ?

Dans certains cas, notamment liés à la gestion de fonds publics ou à des missions de service public, une responsabilité spécifique est énoncée soit par la Loi, soit par les juridictions.

Pour autant, généralement, la responsabilité personnelle des dirigeants d'associations est assimilée à celle de ceux des sociétés commerciales, tant du point de vue fiscal, que de celui des procédures collectives ou du point de vue pénal.

La réponse n'est donc pas systématique et un arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 mai 2006 a ouvert des perspectives qui ont été abondamment critiquées par la doctrine.

La 1ère chambre civile de la Cour de cassation a en effet rendu un arrêt en matière de responsabilité civile disposant que :

« Les dispositions du Code civil, et à défaut du Code de commerce, régissant les sociétés présentent une vocation subsidiaire d'application aux associations.

Est légalement justifié l'arrêt qui, dans le sens des textes et des statuts relatifs au fonctionnement d'une association, se réfère aux dispositions de l'alinéa 1er de l'article L 225-56 du Code de commerce pour décider qu'il entre dans les attributions de son Président de prendre, au nom et dans l'intérêt de celle-ci, à titre conservatoire et, dans l'attente de la décision du conseil d'administration statutairement habilité ou de l'assemblée générale, les mesures urgentes que requièrent les circonstances. »

Cet arrêt est-il un simple cas d'espèce ou une jurisprudence ayant vocation à être confirmée ?

Le débat est ouvert…

PHILIPPE PLANES
Avocat associé au Barreau de Lyon
Altys Groupement d'avocats
Membre de la Commission Droit des associations

LA PROTECTION ET LA VALORISATION DES ACTIFS IMMATÉRIELS DE L'ASSOCIATION

L'association, au même titre que l'entreprise, se doit de protéger et de valoriser ses actifs incorporels. Toutefois, certainement en raison des spécificités du droit de la propriété intellectuelle, on constate souvent en pratique, une méconnaissance de ces problématiques juridiques tant auprès des dirigeants de PME que des présidents d'associations.

Pourtant, cette ignorance des principes de base qui gouvernent le droit de la propriété intellectuelle est susceptible d'une part, d'exposer l'association à des sanctions financières suite à des atteintes portées (souvent inconsciemment) aux droits détenus par des tiers et d'autre part, de priver cette dernière d'une valorisation opportune de son patrimoine incorporel.

Dans ce contexte, nous exposerons sommairement ci-après les principales problématiques liées à la propriété intellectuelles et ce, dans l'optique : de savoir les identifier, de protéger les créations immatérielles (partie I) et de mieux les valoriser (Partie II).

1 - LA PROTECTION DES CRÉATIONS IMMATÉRIELLES DE L'ASSOCIATION

a) Identifier les créations protégeables

La première étape afin de protéger les créations immatérielles d'une association consiste à savoir identifier ces dernières. En effet, la diversité des créations qu'une association est susceptible de créer ou développer dans le cadre de son activité est extrêmement importante. On peut citer, par exemple : ouvrages littéraires, musiques, rapports, études, plans, fichiers de clientèle, logiciels informatiques, œuvres multimédia (Ex : création d'un site Internet), dessins, inventions, documents de communication, etc…

Chaque catégorie de création est soumise à un régime juridique spécifique qui détermine notamment des modalités particulières de protection.

Protéger une création par un droit de propriété intellectuelle permet de se réserver un monopole d'exploitation sur cette dernière, c'est-à-dire que l'association pourra, autoriser ou interdire, l'exploitation de cette création par des tiers (autres associations ou sociétés commerciales).

Nous exposerons ci-après les principaux droits de propriété intellectuelle susceptibles d'être applicables aux créations résultant d'activités associatives :

- Les créations susceptibles d'une protection par le droit des marques
La marque, composante intangible d'un produit ou d'un service, est un signe distinctif, susceptible d'être représenté graphiquement. La marque peut prendre la forme d'un :

Un signe verbal qui peut s'écrire ou se prononcer. Par exemple : un nom patronymique ou géographique, un groupe de mots, des lettres, un slogan, des chiffres (ex : Q8), ou une combinaison de ces éléments ;

Un signe figuratif qui s'adresse seulement à l'oeil comme un dessin, un emblème, une étiquette, une figure abstraite ou représentative (exemples : le crocodile de Lacoste, le coquillage rouge sur fond jaune de Shell).

Une combinaisons d'un signe verbal et figuratif, on parle alors d'une marque semi figurative (exemple : logo de la Société Générale comportant un carré rouge et noir avec la dénomination de ladite banque)

Une courte succession de notes de musique (Exemple : marque sonore de Bouygues Telecom pour désigner ses services de téléphonie mobile).

En pratique, une association pourra donc utilement protéger par le droit des marques sa dénomination statutaire ou la dénomination commerciale des produits ou services qu'elle peut être amenée à fournir, que cela soit à titre onéreux ou gratuit.

Il résulte des principes légaux de spécialité et de territorialité attachés à une marque déposée, qu'une association qui en est titulaire pourra s'opposer à l'utilisation de celle-ci par des associations ou entreprises tierces et ce, sur un territoire donné et pour les produits et/ou services visés à l'enregistrement.

N.B : Il convient de rappeler que pour être valable, une marque doit être arbitraire et non descriptive des produits ou services qu'elle désigne. Par exemple, une association lyonnaise de défense de consommateurs ayant pour dénomination statutaire "Association de protection des consommateurs -Rhône Alpes" ne pourrait pas valablement déposer comme marque cette dénomination et ce, en raison de son caractère non arbitraire et purement descriptif de son objet. Par contre, l'association "UFC que choisir" peut valablement déposer cette dénomination en tant que marque.

N.B : Par ailleurs, il convient de noter que d'autres signes distinctifs sont susceptibles d'être protégés par le droit des marques comme par exemple, les noms de domaine. En outre, il convient de veiller, lors de la réservation d'un nom de domaine, que ce dernier ne porte pas atteinte à une marque existante et ce, sous peine d'être poursuivi au titre de la contrefaçon ou de la concurrence déloyale.

- La protection de créations par le droit d'auteur

Toute création, ou œuvre de l'esprit, peut être protégée par le droit d'auteur à la condition qu'elle soit considérée comme originale.

Le Code de la propriété intellectuelle1 donne une liste non limitative des œuvres susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur : œuvres littéraires, œuvres musicales, sculptures, gravures, photographies etc…

La réalisation de rapports ou d'études, fréquente dans le secteur associatif, sont aussi protégeables par le droit d'auteur.

Notons que l'étendue des créations susceptibles de faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur est particulièrement vaste. Ainsi, par exemples, un spectacle pyrotechnique, l'illumination de monuments ou le création d'une chorégraphie sont protégeables par le droit d'auteur. La protection de ces types de créations intéressent évidemment plus particulièrement les associations oeuvrant à la réalisation d'événements artistiques ou culturels.

Enfin, il convient également de noter que les créations logicielles sont également protégeable par le droit d'auteur.

N.B : En matière de création et de développement de logiciels, il convient de noter que de nombreuses associations sont extrêmement actives dans la promotion et/ou le développement de "logiciels libres". On peut, par exemple, citer l'AFUL (Association Francophone des Utilisateur de Linux et des Logiciels Libres) ou l'APRIL (Association pour le Promotion et la Recherche en Informatique Libre). Le développement de logiciels libres pose des problématiques juridiques particuliers dans la mesure où la propriété intellectuelle n'est alors pas utilisée, dans son dessein traditionnel, consistant à se constituer un monopole d'exploitation mais au contraire, aux fins d'empêcher à toutes personnes la réservation d'un monopole d'exploitation. Il convient de signaler qu'il existe de nombreuses sociétés commerciales qui revendiquent la diffusion de "logiciels libres". Toutefois, il convient néanmoins de souligner que c'est essentiellement le secteur associatif, tant en France qu'à l'étranger, qui est à l'origine de la création des contrats de licence originaux "dit libre ou copyleft") ayant permis l'essor international du logiciel libre (exemple : licence GPL – Global Public Licence).

- La protection des créations par le droit des bases de données

La définition d'une base de données est donnée par la loi du 1er juillet 1998 :

«Recueil d 'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen».

Le droit des bases de données intéressant autant les entreprises commerciales que les associations car il concerne, par exemples, la constitution de fichiers clients, de catalogues ou d'annuaires, ou encore les travaux concernant le recueil de statistiques ou de toutes autres sortes d'informations (Exemples : bases de données d'œuvres artistiques, bases de données d'informations financières).

Il convient de noter que la protection d'une base de donnée est indépendante de son support qui peut êtres tant sous forme numérique que papier.

La protection par le droit des bases de données permet de s'opposer à toute extraction de données effectuées de manière, quantitativement ou qualitativement, substantielle.

- La protection des inventions par le droit des brevets

On peut schématiquement définir une invention brevetable comme étant une solution technique nouvelle à un problème technique existant. Bien que juridiquement, il n'existe pas d'obstacle au dépôt d'une demande de brevet par une association, il convient de noter, qu'en pratique, cela demeure rarissime. En effet, l'association est rarement la structure juridique retenue par les détenteurs de brevets pour exploiter ou développer ces derniers car la mise au point d'une invention brevetable nécessite des moyens financiers de plus en plus importants. Par contre, il est relativement fréquent que des associations bénéficient de licences d'exploitation de brevets (à titre gratuit ou onéreux) concédées par des tiers qui sont souvent, en pratique, un de leurs membres ou des organismes publics de recherche. On rencontre, par exemple, ce type de licence dans le cadre d'associations bénéficiant de financements publics et ayant pour objet le développement d'outils pédagogiques complexes.

b) Les moyens de protection des créations immatérielles

La protection d'une marque nécessite l'enregistrement de cette dernière auprès de l'INPI (Institut National de

Propriété Intellectuelle). Il convient de noter que l'INPI ne réalise qu'un contrôle purement formel des demandes de dépôt de marque et que par conséquent, le récépissé d'enregistrement que cet institut délivre ne garantit pas la validité de la marque (ou encore que cette dernière ne porte pas atteinte à des droits antérieurs détenus par des tiers). Pour s'assurer de la solidité juridique d'une marque, il est toujours conseillé de procéder à une recherche d'antériorité approfondie et de recourir aux conseils d'un professionnel.

En ce qui concerne les créations protégeables par le droit d'auteur ou les bases de données, aucun formalisme particulier n'est nécessaire pour bénéficier d'une protection légale.

Toutefois, certaines précautions faciliteront la mise en œuvre d'une action en contrefaçon contre des tiers qui utiliseraient ces créations sans autorisation expresse.

Ainsi, afin de justifier de l'antériorité d'une création, il est particulièrement opportun pour l'association de se préconstituer un moyen de preuve permettant d'établir une date certaine. A cet effet, selon le type de création concerné, il est possible de prendre date en déposant cette dernière auprès de l'INPI (au moyen d'une enveloppe Soleau), de la déposer auprès d'un un notaire ou d'un huissier ou encore de se l'envoyer à soi même dans une lettre recommandée avec accusé de réception que l'on conservera fermée. En ce concerne les bases de données, l'insertion de données volontairement erronées facilitera la preuve d'extraction opérée par des tiers.

2 - LA VALORISATION DES CRÉATIONS IMMATÉRIELLES DE L'ASSOCIATION

La valorisation des créations immatérielles détenues par une association passe par la conclusion de contrats avec des tiers. Toutefois, préalablement à cette valorisation, il convient de s'assurer que l'association détient effectivement l'intégralité des droits de propriété intellectuelle afférents aux créations qu'elle entend exploiter et que par conséquent, aucune atteinte n'est portée à des droits détenus par des tiers.

a) Les précautions préalables à respecter

L'exploitation d'une création immatérielle par une association nécessite de s'assurer que cette dernière est intégralement titulaire des droits de propriété intellectuelle y afférent.

En particulier, les associations (comme les entreprises) doivent prendre des précautions particulières lorsqu'elles confient à leurs salariés la réalisation de créations immatérielles protégeables par le droit d'auteur ou lorsqu'elles passent commande de ces dernières auprès de prestataires.

En effet, il résulte des dispositions du Code de la Propriété Intellectuelle que, par principe, les droits sur les créations immatérielles réalisées par un salarié ou par une entreprise demeurent leur propriété.

En effet, l'existence d'un contrat de travail n'emporte pas cession automatique des droits de propriété intellectuelle afférents à ces créations au profit de l'association. Ainsi, par exemple, une association qui salarie une personne aux fins de la réalisation d'un ouvrage, d'une musique ou encore d'une charte graphique d'un site Internet, ne bénéficie d'aucun droit de propriété intellectuelle sur les créations réalisées par son salarié. Le salarié demeure légalement l'unique auteur de ses propres créations.

Si l'association souhaite pouvoir exploiter les créations de son salarié, elle devra en acquérir les droits par la conclusion d'un contrat de cession de droits. Contrat qui répond à un formalisme strict.

La seule exception, au principe ci-dessus rappelé, concerne les créations logicielles. En effet, concernant cette catégorie particulière de création, le code de la propriété intellectuelle prévoit une cession automatique des droits détenus par un salarié au profit de son employeur. Toutefois, il convient de noter que ce transfert automatique de droits nécessite impérativement la présence d'un contrat de travail avec l'association. Ainsi, par exemple, un simple stagiaire (qui ne bénéficie donc pas d'un contrat de travail) employé par une association pour développer un logiciel n'opère aucune cession automatique de droits au profit de cette dernière.

De même, la conclusion par une association d'un contrat de commande d'une création immatérielle auprès d'un prestataire n'emporte pas transfert automatique de droits à son profit.

Ainsi, par exemple, le fait pour une association de rémunérer un prestataire externe aux fins de réalisation d'une étude, de documents d'information ou de développement de logiciels, n'emporte pas, de facto, transfert des droits de propriété intellectuelle afférents à ces créations immatérielles. Le simple paiement du prix de la prestation est donc insuffisant à opérer un tel transfert de droit au profit de l'association. Seule une cession contractuelle des droits conclue entre l'association et son prestataire permet à cette dernière d'acquérir des droits de propriété intellectuelle.

En définitive, l'association doit en permanence veiller à détenir les droits de propriété intellectuelle sur les créations immatérielles qu'elle exploite. A défaut, l'exploitation de créations immatérielles, sans l'autorisation préalable des titulaires de droits, expose l'association (au même titre que n'importe quelle entreprise commerciale) à des sanctions civiles et/ou pénales au titre de la contrefaçon.

Toutefois, l'étude de la jurisprudence montre une tolérance accrue pour les associations se situant hors du secteur marchand lorsqu'elles sont amenées à reproduire des signes distinctifs appartenant à des tiers.

Ainsi, par exemple, dans une affaire récente, la société ESSO poursuivait au titre de la contrefaçon et du dénigrement abusif, l'association GREENPEACE FRANCE qui avait reproduit sans autorisation la marque "ESSO" dans ses écrits et son site Internet afin de dénoncer les atteintes à l'environnement réalisées par la dite société. En l'espèce, la Cour d'appel rejette les prétentions de la société ESSO au motif que :

> *" ne constitue pas une contrefaçon par reproduction de la marque dénominative ESSO, l'utilisation du terme ESSO dans le code source du site Internet de l'association GREENPEACE FRANCE, alors que la dénonciation de la politique contraire à l'environnement de la société ESSO s'inscrit dans les limites de la liberté d'expression, dès lors que l'utilisation du terme ESSO ne vise pas à promouvoir la commercialisation de produits ou de services, concurrents de ceux de la société ESSO au profit de l'association GREENPEACE FRANCE mais relève d'un usage purement polémique étranger à la vie des affaires et à la compétition entre entreprises commerciales "- Arrêt Association GREENPEACE France c/ESSO2 - En ce sens également : Arrêt SOS VICTIME DU CREDIT AGRICOLE c/Caisse régionale du Crédit agricole[3].*

A contrario, une association qui reproduirait sans autorisation, tout ou partie d'un signe distinctif appartenant à un tiers, pour promouvoir des produits ou services marchands, s'exposerait (toujours au même titre qu'une entreprise) à des sanctions au titre de la contrefaçon et/ou de la concurrence déloyale.

De même, une association qui reproduirait sans autorisation, tout ou partie d'une création immatérielle protégée par un droit d'auteur (exemples : textes, musiques, logiciels etc…) s'exposerait également à des sanctions judiciaires sauf à pouvoir justifier d'une exception au droit d'auteur (Exemples : exception de courte citation ou nécessaire information du public).

La distinction entre associations exerçant dans un secteur marchand ou non marchand ne jouera éventuellement que sur le montant des dommages et intérêts auxquels l'association sera condamnée. En effet, si la reproduction non autorisée d'une création immatérielle par une association ne réalisant aucun profit cause un préjudice moindre au titulaire des droits, il demeure néanmoins toujours pour ce dernier un manque à gagner financier qu'il convient de réparer par l'octroi de dommages et intérêts.

b) La valorisation des actifs incorporels par le biais de contrats de licence/ cession de droits /contrats de partenariat

L'association qui détient valablement des signes distinctifs protégés (Exemples : marques, noms de domaine), ou encore des créations immatérielles protégées par des droits d'auteurs (Exemple : œuvres littéraires, sites Internet, études etc…) peut utilement valoriser ces actifs incorporels par le biais de conventions conclues avec des tiers (des associations et/ou des entreprises commerciales).

Ces conventions peuvent prendre la forme de contrat de licence ou de cession droit. Ces contrats, bien que soumis à un formalisme particulier, autorise néanmoins une grande liberté dans leurs mises en œuvre. Ainsi, par exemple, les droits concédés peuvent être limités dans le temps ou dans l'espace et être concédés, à titre gratuit ou onéreux. Toutefois, en pratique, cette concession de droit se réalisera le plus souvent à titre onéreux sous la forme de perception de redevances par l'association concédante.

Par ailleurs, les associations valorisent de plus en plus leurs actifs incorporels par le biais de contrats de plus en plus complexes. Ainsi, on constate que les associations concluent désormais fréquemment des conventions similaires à celles usitées habituellement par les sociétés commerciales, comme par exemple, des contrats de partenariat ou des contrats s'apparentant à des contrats de franchise.

L'objet de ces contrats ne se limite pas à une licence d'exploitation portant sur un signe distinctif ou d'autres créations immatérielles mais y ajoute des modalités particulières de co-opération, dans des domaines techniques ou commerciaux, ainsi que parfois des transfert de savoir-faire, par le biais de prestations de formation ou de délégation de personnels.

On assiste ainsi à l'émergence de "réseaux associatifs" que l'on peut classer en deux catégories:

- d'une part, les réseaux que l'on peut qualifier de "réseaux de franchise associative" dans lesquels une association disposant d'une marque et d'un savoir-faire identifié concède ces derniers, par contrat, à d'autres associations moyennant le paiement de redevances. L'ensemble des associations exerce alors leurs objets statutaires respectifs sous la même enseigne ;

- d'autre part, les réseaux que l'on peut qualifier de "réseaux de partenariat sous forme associative". Dans cette hypothèse, plusieurs sociétés commerciales constituent une association qui a pour objet de détenir et de valoriser des actifs incorporels (Exemples : marque, noms de domaine) et de mutualiser des coûts (Exemples : obtention d'une certification, moyens de communication etc…).

En définitive, les associations rejoignent de plus en plus dans leurs pratiques les techniques de valorisation des actifs incorporels utilisées de longue date par les entreprises commerciales.

SYLVAIN MAZEAU
Avocat associé au Barreau de Lyon
Altys Groupement d'avocats
Membre de la Commission Droit des associations

---

1 Article L.122-2 du CPI
2 Cour d'appel de Paris – Chambre 4 Section A – 16 novembre 2005
3 Cour d'appel d'Aix en Provence – 3 octobre 2005

CONCURRENCE ET PARACOMMERCIALISME DES ASSOCIATIONS

Même si les facilités du langage, même si les spécificités des organismes à but non lucratif, même si l’hypothèse émise il y a quelques temps de rédaction d’un “code des associations” peuvent permettre de parler d’un “droit associatif”,il semble possible de considérer, au contraire, que les organismes sans but lucratif perdent de plus en plus leurs particularités juridiques et sont “rattrapés” par le droit commun applicable à la plupart des personnes morales sans distinction.

Pendant longtemps, et a fortiori pour le législateur de 1901, les associations ont en effet bénéficié d'une présomption naturelle (du fait de leur finalité différente par essence de celle des sociétés commerciales) qui leur permettait souvent d'échapper aux règles contraignantes de ces dernières et d'une tolérance bienveillante dans l'application de certains textes. Ainsi, à titre d'exemple, combien de dirigeants et administrateurs ont longtemps cru que leur bénévolat les protégeait de toute responsabilité ([1]) ?

De toute évidence, tel n'est plus le cas aujourd'hui. En effet, de nombreuses évolutions ont totalement modifié leur positionnement face à leur environnement légal et socio-économique :

- en premier lieu, l'inflation de textes légaux et réglementaires touche tous les citoyens et les associations ne sont pas épargnées par ce "juridisme croissant" ;

- d'ailleurs, en second lieu, leurs propres nécessités de développement les obligent à créer ou étendre leurs activités économiques, financées autrement que sur fonds publics, les rapprochant ainsi sensiblement du marché commercial ([2]) ;

- dès lors, en troisième lieu, elles doivent accroître leur professionnalisme, en embauchant notamment du personnel spécialisé qui remplace progressivement les bénévoles dans leurs tâches économiques ([3]) et en adaptant leur mode de gestion à un système "entreprenarial" ;

- enfin, les entreprises elles-mêmes se sont ouvertes à certains créneaux autrefois "réservés" de fait aux organismes non lucratifs en espérant par une gestion plus rationnelle et globale des coûts ainsi qu'une réduction des marges, concurrencer ces secteurs en développement du fait de l'évolution socio-économique de la société.([4])

Pour toutes ces raisons, un nombre croissant d'associations devient effectivement (ou au moins potentiellement) concurrentiel du secteur marchand et, dès lors, est considéré comme professionnel.

Ces associations ne sont donc plus aujourd'hui (ou de moins en moins) ni des employeurs, ni des contribuables, ni des entrepreneurs privilégiés. Au contraire même, le développement de certaines "affaires" largement relayées par les médias il y a quelques années (le cas « Crozemarie » est encore dans tous les esprits) a entraîné une suspicion bien souvent mal placée et parfois même une présomption inverse ([5]).

Dans cet esprit, les associations sont parfois accusées, depuis les années 70/80, d’étendre leurs activités dans le champ économique et d’empiéter sur le secteur des entreprises commerciales en faussant ainsi le jeu de la

concurrence, dès lors qu'elles bénéficient parfois d'avantages juridiques, fiscaux, financiers ou encore sociaux.

(6) Pourtant, si une telle critique de concurrence déloyale a pu être justifiée dans certains cas, l'évolution de la législation et les précisions apportées tant par la doctrine que par la jurisprudence, notamment fiscale, rend aujourd'hui, à notre sens, cette position injustifié, et ce, dans la plupart des domaines du droit, dans lesquels les associations sont désormais soumises aux mêmes contraintes que les entreprises, voire parfois à des obligations plus lourdes encore afin de renforcer la transparence dans ce domaine.

1 - EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Il est désormais clairement admis que les associations peuvent exercer une activité commerciale, voire être qualifiées de commerçantes (même s'il existe quelques rares jurisprudences contraires).

Elles peuvent ainsi, dans certains cas, apparaître comme concurrentielles d'autres organismes eux-mêmes lucratifs. On parle alors de « paracommercialisme ».
Dans cette situation, le caractère déloyal de la concurrence peut être présumé lorsque (7) :

- l'association exerce une activité qui n'est pas conforme à son objet statutaire (8) ;
- elle n'est pas assujettie à l'ensemble des obligations des commerçants ;
- elle s'adresse de manière habituelle à des tiers, c'est-à-dire à des personnes extérieures à l'association ;
- elle a pour but de réaliser un profit ou de rentabiliser ses prestations ;
- elle concurrence directement des activités commerciales similaires, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé avec les tiers n'est pas marginal.

Dans ce cas, les associations régies par la loi du 1er juillet 1901 ne sont pas exclues des règles relatives à la concurrence et peuvent avoir à s'en expliquer devant le Conseil de la concurrence, le cas échéant. Mais la concurrence exercée par une association ou un organisme considéré juridiquement comme à but non lucratif n'est critiquable et condamnable que si elle est effectivement déloyale, c'est-à-dire si cet organisme bénéficie d'avantages supplémentaires, de par son statut ou sa forme juridique, à ceux de ses concurrents :

« Le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques.

Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le libre jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général.

De tels avantages peuvent faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, limitant les perspectives de progression des autres opérateurs sur ce marché, quel que soit par ailleurs le niveau de leurs performances » (9).

Ainsi, la forme juridique ne saurait être, en soi, un critère (sauf pour quelques exceptions concernant les organismes publics). Il convient donc d'analyser véritablement soit si l'activité est différente des autres par sa nature même, soit si elle est exercée avec des moyens et des méthodes qui la distinguent alors suffisamment du secteur commercial lucratif.
Dans cet esprit, le « réalisme » du droit fiscal reprend la même analyse pragmatique.

2 - EN DROIT FISCAL

C'est tout particulièrement dans ce domaine qu'a été exacerbée la polémique entre associations et professionnels, ces derniers considérant parfois que les exonérations d'impôts commerciaux dont elles peuvent

bénéficier faussent le jeu de la concurrence.

Pourtant, la jurisprudence du Conseil d'Etat, désormais clairement reprise et explicitée dans la doctrine de l'administration fiscale ([10]) confirme bien qu'un organisme sans but lucratif (au sens juridique du terme, c'est-à-dire au sein duquel il n'y a pas d'appropriation du capital ou des bénéfices par les membres ([11])) ne peut être fiscalement considéré comme à but non lucratif ([12]) que s'il répond à un certain nombre de critères démontrant justement, outre le caractère désintéressé de sa gestion, que son ou ses activités ne sont pas concurrentielles. Synthétiquement, ces critères sont les suivants([13]):

◆ Il importe en premier lieu de déterminer si sa gestion est désintéressée. Si tel n'est pas le cas, l'association est alors assujettie.

Il convient toutefois de préciser que la loi de finances pour 2002 a sensiblement assoupli la condition relative au caractère désintéressé de la gestion puisque, désormais, la rémunération d'un à trois administrateurs peut être autorisée dans certaines limites et sous certaines conditions ([14]).

Si elle est effectivement gérée et administrée de manière totalement bénévole (sous réserve du cas particulier exposé ci-après – dernier alinéa – quant à l'intérêt que peuvent en retirer les adhérents), elle répond à la première condition. Il convient ensuite de déterminer si son activité est effectivement, ou même potentiellement, identique à celle que peuvent exercer des entreprises commerciales.

◆ Si tel n'est pas le cas, l'association peut alors être exonérée. En revanche, si l'activité est présumée concurrentielle, il convient d'examiner si celle-ci peut néanmoins être dissociée de celle proposée par des entreprises commerciales, notamment si elle répond aux cinq critères suivants (règle dite des « 4 P ») :

- le produit ou le service proposé est-il différent de celui vendu par les organismes lucratifs ?
- le public auquel s'adresse l'association est-il spécifique et s'agit-il notamment de personnes défavorisées ?
- les prix pratiqués sont-ils nettement inférieurs à ceux du marché ?
- la publicité réalisée est-elle purement informative et non révélatrice d'une démarche commerciale ?
- les excédents réalisés, sans être systématiques, sont-ils réinvestis dans l'oeuvre ?

Mais surtout, l'administration fiscale a rappelé qu'une association doit en toute hypothèse être présumée lucrative lorsqu'elle entretient des liens juridiques et/ou économiques avec des entreprises commerciales, en ayant pour but direct ou indirect d'accroître les ressources ou de diminuer les charges de ces dernières ([15]).

Il en est de même pour les prestations rendues par une association au profit de ses membres, industriels ou commerçants, dans l'intérêt de leur exploitation ou qui en retirent un avantage commercial ([16]).

Ainsi, est en toute hypothèse considéré comme lucratif « un organisme qui permet aux professionnels de réaliser une économie de dépenses, un surcroît de recettes, ou de bénéficier de meilleures conditions de fonctionnement, quand bien même il ne rechercherait pas de profit pour lui-même » ; ou encore « s'il entretient des relations privilégiées avec des organismes du secteur lucratif qui en retirent un avantage concurrentiel » ([17]).

Dans ces hypothèses, l'association devient alors fiscalisable, c'est-à-dire soumise aux mêmes impôts et taxes que les sociétés commerciales, et toute critique de concurrence déloyale sur ce point devient alors totalement injustifiée.

3 - EN DROIT SOCIAL

Même si ce domaine est moins marqué par une réelle évolution légale ou réglementaire concernant les organismes sans but lucratif, le développement des contrôles de l'URSSAF a modifié sensiblement les pratiques en la matière.

Par exemple, dans le secteur de la formation professionnelle continue, les employeurs savent désormais que la possibilité de rémunérer des formateurs sous forme d'honoraires (en l'absence de lien de subordination) plutôt que de salaires soumis à cotisations sociales est rarissime et toujours sujette à risque de redressement.

De même, la question s'est posée il y a quelques années pour les aides à l'emploi dont peuvent bénéficier des associations : « emplois jeunes », « contrats emploi-solidarité » (CES), etc. qui pouvaient apparaître comme des avantages accordés indirectement aux associations.
Mais justement, cette catégorie d'emplois et les aides corrélatives ne peuvent être accordées que pour « des activités répondant à un besoin social et qui n'entrent pas en concurrence avec des entreprises privées [...]. L'organisme doit montrer en particulier en quoi l'activité pour laquelle le jeune sera embauché ne se substitue pas à celle d'un emploi marchand sur la zone géographique considérée » ([18]).

Il a d'ailleurs été rappelé que, dans le cas d'une association gérant un secteur non lucratif et ayant sectorisé en interne une activité lucrative et assujettie aux impôts commerciaux, « les jeunes recrutés dans le cadre de la convention "Nouveaux services/Emplois jeunes" devront être néanmoins clairement et exclusivement affectés à l'activité non concurrentielle, non soumise aux impôts commerciaux » ([19]), même si une certaine tolérance a pu être admise pour les contrats en cours lorsqu'une association devenait assujettie aux impôts et taxes commerciaux.

De même, il a été précisé que les subventions du ministère du travail et de l'emploi ou du ministère des affaires sociales accordées aux entreprises d'insertion sous forme associative ne faussent pas le « libre jeu de la concurrence » dans la mesure où elles sont évaluées et plafonnées de telle manière qu'elles se limitent à la compensation des insuffisances de productivité et des charges supplémentaires qu'implique l'important encadrement de ce personnel recruté hors du marché du travail traditionnel ([20]).

4 - EN DROIT PUBLIC

Contrairement à une idée reçue, les associations restent soumises aux mêmes règles que les entreprises privées en matière de subventions et d'aides économiques directes. C'est en effet la notion « d'intérêt général » qui justifie l'octroi d'une subvention plus que le statut juridique du bénéficiaire.

Ainsi, outre les critères généraux (interdiction des subventions contraires au principe de laïcité et à la règle de répartition des compétences fixées par la loi, ou encore qui porteraient atteinte à une liberté publique fondamentale…), une subvention ne peut porter atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie ([21]).

Certes, la question se pose alors de savoir si toute subvention devrait être refusée, par principe, à une association fiscalisée (notamment parce que son activité serait concurrentielle ([22])).

Mais, d'une part, les collectivités peuvent aussi financer sous certaines conditions (certes très restrictives) des entreprises privées. Et surtout, d'autre part, le droit public n'a pas à s'approprier des critères fiscaux. En effet, cela risquerait « de créer un inquiétant cercle vicieux en conférant à l'administration fiscale le pouvoir d'apprécier l'intérêt général d'une activité digne d'être subventionnée par les collectivités publiques alors que c'est, en principe, l'intérêt général qui justifie l'octroi d'une subvention et parfois l'exonération fiscale » ([23]).

En ce sens, il a été rappelé que « le but non lucratif d'un organisme au regard de la loi du 1er juillet 1901 et d'autres dispositions législatives ou réglementaires ne se confond pas avec le constat factuel du caractère lucratif de sa gestion qui dicte son régime fiscal. Au surplus, en application du principe de l'autonomie du droit fiscal par rapport aux autres droits, la soumission d'une association aux impôts commerciaux, et par suite la qualification de son activité comme lucrative au sens fiscal du terme, est en droit sans incidence sur les agréments, habilitations ou conventions qui sont susceptibles de lui être délivrés au titre d'une réglementation particulière dans les domaines du sport, de la culture ou d'une législation sociale en particulier.

De même, l'octroi de subventions par l'Etat aux organismes concernés reste soumis aux dispositions qui lui sont spécifiques » ([24]).

Certes, cette précision ressemble plus à une « pétition » de principe qu'à une véritable doctrine juridique. Elle

pourrait sans doute être remise en cause par la jurisprudence (civile ou administrative, selon les cas) en cas de recours par toute personne ayant intérêt à agir, comme par exemple un concurrent s'estimant (à tort ou à raison) lésé de ne pas recevoir les subventions dont bénéficie une association pourtant considérée fiscalement comme lucrative.

En pratique, on constate toutefois que de tels financements publics ne sont généralement accordés (sauf hélas en cas de fraude, mais tel n'est heureusement pas la règle) que lorsque l'association répond en toute hypothèse à une vocation d'intérêt général (du moins telle qu'elle est déterminée par la volonté politique « du moment » !).

Par ailleurs, si des incertitudes ont pu exister en matière d'attribution des marchés publics, « l'obligation de conclure un marché public après appel à la concurrence dépend de la nature des besoins à satisfaire et du montant des prestations et non du statut du cocontractant » ([25]). Ainsi, la proposition (du projet de loi MURCEF) de garantir un « quart réservataire » aux associations a été déclarée contraire au principe d'égalité devant la loi par le Conseil constitutionnel, et donc supprimée ([26]). Seul reste désormais donc possible de faire attribuer certains marchés, ou certains lots du marché à des « entreprises adaptées » ou à des « établissements ou services d'aide par le travail » ([27]).

Désormais, toute association bénéficiant de subventions publiques, même modestes, est soumise à des règles de contrôles parfois sévères :

- toute association percevant plus de 150 000 € par an de subventions (ou bénéficiant d'une garantie d'emprunt d'un montant équivalent) est tenue de présenter et rendre publics ses comptes, tenus conformément aux règles du Code de commerce et certifiés par un commissaire aux comptes ([28]) ;

- les collectivités publiques ayant attribué des subventions doivent donner communication à toute personne qui en fait la demande, du budget et des comptes de l'association, des conventions d'affectation et des comptes rendus financiers correspondants ([29]) ;

- et enfin, les communes de 3500 habitants et plus, les départements et les régions, doivent annexer à leurs documents budgétaires la liste des concours attribués aux associations auxquelles ils ont versé une subvention supérieure à 75 000 € ou représentant plus de 50 % du produit figurant à leur compte de résultat ([30]).

5 - EN DROIT CIVIL ET DES AFFAIRES

Dès 1984, le législateur a assimilé aux sociétés les associations exerçant une activité économique ou commerciale en les soumettant aux mêmes contrôles et à la même transparence notamment par l'intervention obligatoire d'un commissaire aux comptes lorsqu'elles franchissent certains seuils d'activité ([31]).

De même, toute association exerçant une activité économique est tenue aux mêmes règles que les entreprises, en cas de difficultés financières, dans le cadre des procédures de « prévention des difficultés", de « sauvegarde » ou encore de « redressement ou liquidation judiciaire » et, à quelques nuances près (notamment le fait que la procédure est introduite devant le tribunal de grande instance plutôt que le tribunal de commerce ([32])), la responsabilité de ses dirigeants peut être engagée dans ce cas au même titre que ceux d'une entreprise.

Cette obligation concerne même désormais tous les organismes sans but lucratif, y compris ceux n'exerçant aucune activité économique.

Enfin, les associations recevant au contraire des fonds privés mais en procédant à des campagnes de collectes auprès du public au niveau national doivent présenter au moins annuellement une comptabilité d'affectation de leurs ressources pour chaque projet (humanitaire, caritatif, etc.) concerné, faire l'objet de déclarations préalables et sont soumises au contrôle de la Cour des comptes ([33]). Si leur montant annuel de dons reçus dépasse 153.000 €, elles doivent également nommer un commissaire aux comptes et assurer la publicité de leurs comptes annuels par tous moyens adaptés ([34]).

Dans un autre domaine, les juridictions civiles assimilent de plus en plus souvent les associations à des professionnels, dès lors qu'elles exercent une activité économique à la fois en tant que clientes, pour leur refuser le bénéfice des dispositions protectrices des consommateurs (par exemple en matière de clauses abusives et, en sens inverse, en tant que fournisseurs, pour faire bénéficier leurs usagers de ces clauses de protection ([35]).

On le voit, la frontière juridique (au sens large) entre associations et sociétés est de plus en plus ténue tant les contraintes des unes comme des autres deviennent similaires, voire identiques.
La seule finalité, même réellement non lucrative en droit comme en fait, ne constitue plus forcément la garantie de pouvoir bénéficier d'une législation protectrice ou plus avantageuse. Au contraire, une suspicion, d'ailleurs souvent infondée, marque désormais les associations.

Il est vrai qu'elles ont, certes, le devoir moral d'une plus grande transparence lorsqu'elles gèrent notamment des fonds d'autrui (publics provenant de subventions, ou privés provenant de campagnes de collecte). Il est vrai aussi que les associations sans but lucratif peuvent rester soumises à des dispositions propres telles que celles de la loi du 1er juillet 1901 et du décret du 16 août 1901 alors que la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales ne leur est pas applicable, contrairement d'ailleurs à certaines interprétations parfois hâtives ([36]).

En outre, la spécificité de leur but et de leur finalité non lucrative entraîne nécessairement, au moins en pratique, une approche différente quant à l'application du "droit général" afin d'en tenir compte.

Ainsi, en conclusion, les associations ne sauraient être considérées en soi comme les acteurs d’une concurrence déloyale puisque, au-delà de leur forme juridique, elles sont soumises aux mêmes règles et contraintes que les entreprises lorsqu’elles se trouvent en situation de concurrence avec elles.

Dans certains cas, elles peuvent même être désavantagées du fait de leur statut : par exemple par la non-application des dispositions protectrices du locataire dans le cadre du décret du 30 septembre 1953 sur les baux commerciaux.([37]).

Leur seule finalité n’est donc pas suffisante pour que leur soient accordés des avantages concurrentiels, même si elle justifie à elle seule de conserver le statut associatif par rapport à celui de l’entreprise commerciale.

N’oublions pas cependant que, si ces deux formes d’organisme sont toutes deux contractuelles, la société notamment commerciale est légalement plus protégée pour elle-même vis-à-vis des actionnaires que l’association vis-à-vis de ses membres, en raison de son caractère plus institutionnel.

A titre d’exemple, la notion « d’abus de biens sociaux »([38]). empêche les dirigeants et les actionnaires, même à l’unanimité, d’agir contre les intérêts de l’entreprise elle-même, de ses salariés, … ; alors que la notion « d’abus de confiance »([39]). (, seule applicable dans une association, est évidemment plus restrictive puisqu’elle empêche une requalification pénale dès lors que les dirigeants ont agi sur mandat explicite des membres ; ce qui consacre légitimement une liberté associative plus grande (dans le respect évidemment de leur environnement légal).

XAVIER DELSOL
Avocat associé au Barreau de Lyon
Cabinet Delsol et Associés
Membre de la Commission Droit des associations
Fondateur de la revue Juris-associations
Co-rédacteur notamment du DALLOZ Associations et du Mémento Associations F. LEFEBVRE

---

(1) Si l'article 1992 du code civil précise en effet que "la responsabilité de celui dont le mandat est gratuit est appliquée moins rigoureusement qu'à celui dont le mandat est rémunéré", il ne s'agit pas pour autant d'une clause d'exonération, qui ne concerne d'ailleurs que l'appréciation de la faute et non l'étendue de la réparation (cf. Cour de cassation 1ère chambre, 4 janvier 1980).
(2) Dans le domaine de la formation professionnelle par exemple, où les associations s'adressent désormais à toute catégorie de publics (et pas seulement la plus défavorisée), face aux entreprises commerciales qui représenteraient plus de 50 % de ce secteur.
(3) Non pas que ceux-ci soient d'ailleurs, semble-t-il, moins nombreux globalement mais leur centre d'activité et de motivation se sont déplacés (il n'existe par exemple pratiquement plus de religieuses bénévoles dans les établissements d'enseignement ou sanitaires et sociaux ; en revanche, le nombre de militants des mouvements caritatifs, humanitaires, ou de défense s'est considérablement accru). Sur ce point, voir les intéressantes études du CERPHI (Centre d'étude et de recherche sur la philanthropie), notamment : « Le baromètre du bénévolat », décembre 2006.
(4) A titre d'exemple significatif, le domaine du tourisme et du loisir démontre pleinement l'invasion des agences de voyages ou sociétés de tourisme sur le secteur de vacances "de masse" à prix réduit. Il en est de même du secteur des maisons de retraite ou plus largement des services d'aide à la personne, sur lequel se positionnent aujourd'hui des grands groupes, parfois même côtés en Bourse (tels que le Groupe KORIAN – ex. Medidep/Suren, ou les sociétés Orpéa ou Domus VI) qui représentaient déjà près de 20 % de la capacité d'accueil en 2000 (Etude BDHF, Banque des données hospitalières de France, 2001).
(5) Dans le même esprit, les démêlés judiciaires de nombreuses sectes entraînent, par un effet d'assimilation trop souvent abusif, une suspicion de détournement, si ce n'est des âmes (!) en tout cas sur le plan économique et financier, contre l'ensemble des associations cultuelles ou religieuses (Voir par exemple sur ce point les craintes adressées par M. Jean-Arnold de Clermond, Président de la Fédération protestante de France, au Président Jacques Chirac lors des v?ux 2007, La Croix, 10 janvier 2007).
(6) Simplicité de création, absence de capital nécessaire, exonération des impôts commerciaux, bénéfices des subventions publiques, emplois aidés, etc. Ces accusations émanent le plus souvent d'organisations professionnelles regroupant des entreprises commerciales.
(7) Cf. circulaire du 12 août 1987 relative à la lutte contre les pratiques paracommerciales ; voir juris associations n° 30/1987, p. 11.
(8) Cf. ordonnance du 1er décembre 1986, article 37, alinéa 2, devenu article L. 442-7 du nouveau code de commerce.
(9) Conseil de la concurrence, 10 février 1998, BOCCRF du 15 septembre 1998, p. 486, SNPC c/SPA, voir commentaires dans juris associations n° 198/1999, p. 17 et s.
(10) Instructions des 15 septembre 1998 et 16 février 1999 notamment, BOI 4H-5-98 et 4H-1-99 ; et instruction de synthèse du 16 décembre 2006, BOI 4H-5-06.
(11) Cf. articles 1er de la loi du 1er juillet 1901 et article 15 du décret du 16 août 1901.
(12) Au sens des articles 206-1 et 206-5 du code général des impôts.
(13) Voir notamment instructions précitées de 1998 et 2006.
(14) Article 261-7-1° d du code général des impôts et article 242 C de l'Annexe II au même code.
(15) Cf. instruction du 15 septembre 1998, alinéas 33 à 38, et instruction du 15 décembre 2006, alinéas 86 et s.
(16) Cf. Cour administrative d'appel de Bordeaux, 17 novembre 1992, Association « Groupement des produits d'Occitanie », ou encore Cour administrative d'appel de Nancy, 1er avril 1993, « Groupement d'entreprises calaisiennes », etc.
(17) Instruction précitée du 15 décembre 2006, alinéa 89.
(18) Instructions complémentaires relatives au programme « Nouveau service, Emplois jeunes », circulaire DGEFP n° 14/2000 ; cf. juris associations n° 224/2000, p. 21.
(19) Circulaire précitée.
(20) Conseil de la concurrence, avis n° 94-A-01 ; BOCCRF du 9 février 1994, p. 74, cf. juris associations n° 96/1994, p. 6.
(21) Article L. 2251-1, alinéa 2 du code général des collectivités territoriales ; cf. tribunal administratif de Pau, 17 décembre 1998, JCP éd. G, 23 juin 1999, p. 1199.
(22) Cf. ci-dessus, instructions des 15 septembre 1998 et 15 décembre 2006.
(23) Brigitte Clavagnier, « Subventions et associations », Editions Juris service, 1999, p. 64.
(24) Réponse de M. le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à de très nombreux parlementaires, en dernier lieu à M. Francis Hammel, JO Ass. nat. du 26 novembre 2001, p. 6761 et s., n° 68122, reprise dans l'instruction fiscale du 24 décembre 2001, BOI 4H-6-01, § 17.
(25) Réponse à M. Thierry Foucaud, JO Sénat du 30 août 2001, p. 2816, n° 31114.
(26) Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (dite MURCEF), JO du 12, p. 19703 et décision du Conseil constitutionnel du 6 décembre 2001.
(27) Article 15 du nouveau code des marchés publics.
(28) Article L. 612-4 du code de commerce ; les conditions de publicité n'étant toutefois toujours pas connues à ce jour.
(29) Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, art. 10, al. 5.
(30) Article L. 2313-1 et s. du code général des collectivités territoriales.
(31) Loi du 1er mars 1984 et décret d'application du 19 mars 1985.
(32) Articles L. 611-1 et s. du code du commerce.
(33) "Loi Becquet" du 7 août 1991, décret du 14 avril 2000.
(34) Loi du 23 juillet 1987, article 4-1 nouveau et décret du 30 avril 2007 ; même si les modalités exactes de mise en ?uvre de cette publicité (publication sur internet, dans un journal de l'association,…) ne sont toujours pas définies à ce jour).
(35) Cour de cassation, 24 janvier 1995 et 3 janvier 1996 et Cour d'appel de Grenoble, 2 mai 1996; jurisprudences certes contredites par la Cour d'appel de Paris, 4 juillet 1996.
(36) Cour d'appel de Douai, 7 novembre 1994 et Cour de cassation, 19 mars 1995.
(37) Cf. réponse ministérielle n° 56969, JO Ass. nat, quest. et rép., 10 décembre 1984, p. 5445; voir toutefois en sens contraire, mais il semble qu'il s'agisse d'une décision d'espèce contestable: Cour d'appel de Nancy, 26 mai 1992, R.J.D. 1993, n° 41 1, p. 348).
(38) Devenu articles L. 145 et s. du code de commerce.
(39) Articles L. 241-2 et L. 242-6 du code de commerce.
(40) Article L. 314-1 du code pénal.

Font également partie de la Commission Droit des Associations du Barreau de Lyon
Maîtres J-C. Beckensteiner, C. Millet-Ursin, F. Dousset, S. Bouchene, J-C Trambouze, V. Deltan.

NOTES PERSONNELLES

